Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses nach geltendem Recht und nach dem Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde
an der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Bern

eingereicht von

Egon v. Steiger
Fürsprecher von Bern

Großbetrieb für Dissertationsdruck von Robert Noske in Borna-Leipzig
1934

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalt.

Seite

Einleitung.

A. Geheimsphäre und Berufsgeheimnisverletzung 1
B. Geschichtliche Entwicklung des Berufsgeheimnisschutzes . . . 3
I. Kapitel. Die eidgenössische und kantonale Gesetzgebung über das Berufsgeheimnis 8
II. Kapitel. Die Subjekte der Berufsgeheimnisverletzung.
A. Die verschiedenen gesetzgeberischen Methoden 21
B. Die Subjekte der Berufsgeheimnisverletzung nach schweizerischem Recht 23
1. Personen der Rechtspflege 24
2. Medizinalpersonen 26
3. Geistliche 28
4. Gehilfen 30
III. Kapitel. Das geschützte Rechtsgut.
A. Das Geheimnis 32
B. Die Anvertrauungshandlung 40
IV. Kapitel. Absoluter und relativer Berufsgeheimnisschutz.
A. Absoluter Geheimnisschutz 44
B. Relativer Geheimnisschutz 49
V. Kapitel. Die Berufsgeheimnisverletzung und ihre Regelung im Entwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch.
A. Die Regelung in den Vorentwürfen 57
B. Die Regelung im Entwurf von 1918 64
C. Kritik des Entwurfstextes 68

Literatur.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1922.
Baumgarten: Notstand und Notwehr. Tübingen 1911.
Bendix: Die Rechtspflicht des Schweigens. In Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß 1905.
Bergfeld: Die Verletzung fremder Geheimnisse nach geltendem Recht. Diss. Tübingen 1930.
Binding: Lehrbuch des gem. deutschen Strafrechts. Leipzig 1902.
Birkmeyer: Das Strafrecht. In Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1904.
Brouardel: Le secret médical. Paris 1887.
Burckhardt: Kommentar zur Bundesverfassung. 3. Aufl. Bern 1931.
Capetter: Du Délit de Révélation du Secret Professionnel. Th. Poitiers 1907/08.
Chauveau, Faustin Hélie et Villey: Théorie du Code pénal. Paris 1887.
Chorus: Das Berufsgeheimnis des Arztes. Diss. Leipzig 1917.
Cronewitz: Die Lehre vom Strafantrag. Diss. Erlangen 1915.
Dufour: Le Secret Professionnel et l'Agent de Change. Th. Paris 1910/11.
Fau: Le Secret Professionnel et l'Avocat. Th. Toulouse 1911/12.
Fehr: Deutsche Rechtsgeschichte. Berlin u. Leipzig 1925.
Finger: Der Geheimnisbruch. In Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Berlin 1906.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen 1925.
Garraud: Traité théorique et pratique de Droit pénal français. Paris 1894.
Genequand: Le secret médical. Th. Genève 1930.
Giesker: Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimsphäre. Diss. Zürich 1904.
Givanovitsch: Prinzipien der legislativen Regelung der Grundprobleme der Berufsgeheimnisverletzung. In GoltdArch. Bd. 57.
Hippe: Unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 RStGB. In GoltdArch. Bd. 46, 1898.
Humbert: Das ärztliche Berufsgeheimnis. Diss. Zürich 1912.
Jaquet: Die Schweigepflicht des Arztes. In Korrespondenzblatt f. Schweizer Ärzte 1910 S. 264.
Jellinek: Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und des Anwaltes. In Monatsschrift f. Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 1907.
Kahl: Der Arzt im Strafrecht. Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 1909.
Kaufmann: Strafbare und straflose Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses. In Schweiz. Ztschr. für Strafrecht 1915 S. 349 ff
Keller: Der strafrechtliche Schutz des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses. Diss. Leipzig 1905.
Kirchgeorg: Der Schutz des Berufsgeheimnisses. Diss. Tübingen 1930.
Köhler: Die Lehre vom Strafantrag. Breslau 1878.
Kollbrunner: Die rechtliche Stellung des Arztes. Diss. Zürich 1903.

Lampert: Kirche und Staat in der Schweiz. Basel u. Freiburg 1929.
Lanz: Die öffentlichrechtliche Stellung der Medizinalpersonen im Kanton Bern. Diss. Bern 1927.
v. Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin u. Leipzig 1903 u. 1921.
Lübke: Die Schweigepflicht der Rechtsanwälte, Ärzte und ihrer Gehilfen. Diss. Jena 1920.
Maillart: Médecins et Assurances sociales. In Schweiz. Ärztezeitung für Standesfragen 1925 S. 322.
Maillart: Le Secret professionnel en Suisse romande. In Schweiz. Ärztezeitung f. Standesfragen 1931 S. 628.
Médeville: Du Secret Professionnel. Th. Bordeaux 1907/08.
Meyer-Allfeld: Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes. Leipzig 1912.
Mothe: Le Problème du Secret Professionnel dans ses rapports avec la prophylaxie sociale. Th. Bordeaux 1922.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. Berlin 1916 u. 1927.
Overbeck: Der Schutz des Berufsgeheimnisses. In Ztschr. f. Schweiz. Recht 1924 S. 1 aff.
Perraud-Charmantier: Le secret professionnel. Prix Odilon Barrot 1925. Paris 1926.
Placzek: Ärztliches Berufsgeheimnis und Ehe. In „Krankheiten und Ehe", hrsg. von Senator u. Kaminer. München 1904.
Rex: Der Geheimnisbruch nach § 300 RStGB. Diss. Leipzig 1916.
Rubo: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.
Salzberg: Die Verletzung der Berufsverschwiegenheitspflicht. Diss. Heidelberg 1913.
Sauter: Geschichte und Zweck des Berufsgeheimnisses. Diss. München 1909.
Sauter: Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz. In Strafrechtliche Abhandlungen Heft 123.
Schmalzl: Der Schutz des Privatgeheimnisses. Diss. Erlangen 1927.
Schmidt: Das ärztliche Berufsgeheimnis. Diss. Basel 1929.
Schwerdtfeger: Die Verletzung des Berufsgeheimnisses nach § 300 RStGB. Diss. Erlangen 1926.
Specker: Die Persönlichkeitsrechte. Diss. Zürich 1916.
Spinner: Ärztliches Recht. Berlin 1914.
Stalder: Der Strafantrag im Schweiz. Recht. Diss. Freiburg 1915.
Stemberg: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses. Diss. Tübingen 1932.
Stooß: Die Schweizerischen Strafgesetzbücher. Basel u. Genf 1890.
Stooß: Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweiz. Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission. Bern 1899.
Stut: Das ärztliche Geheimnis und seine Wahrung. Diss. Jena 1928.
Verwaest: Le secret professionnel. Paris 1892.
Weißler: Geschichte der Rechtsanwaltschaft. Leipzig 1905.
Werner: Le secret professionnel. Th. Genève 1907.
Wolff: Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses. Diss. Heidelberg 1908.
Zorn u. Gareis: Staat und Kirche in der Schweiz. Zürich 1877.
Zürcher: Schweizerisches Anwaltsrecht. Zürich 1920.
Zürcher: Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908. Bern 1914.

Bibliographie zu den Entwürfen eines Schweizerischen Strafgesetzbuches. Monatsblatt für Bernische Rechtsprechung.

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
Schweizerische Juristenzeitung.
Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.
Deutsche Juristenzeitung.
Korrespondenzblatt für Schweizerärzte.
Schweizerische Ärztezeitung für Standesfragen.
Revue médicale de la Suisse Romande.

Amtliches stenographisches Bulletin der Bundesversammlung.
Botschaft des Bundesrates.
Protokolle der Expertenkommissionen.
Protokolle der Kommissionen des National- und Ständerates betreffend das Strafgesetzbuch.

Einleitung.

A. Geheimsphäre und Berufsgeheimnisverletzung.

Die Geheimsphäre einer Person ist der Inbegriff aller Tatsachen, die dem Willen dieser Person entsprechend nicht allgemein bekannt und wahrnehmbar sind[1]). Sie setzt sich zusammen aus „Geheimnissen", mit deren näheren Begriffsbestimmung wir uns in einem späteren Teile eingehender befassen werden. Entweder handelt es sich nur um Tatsachen, die in der Psyche des Geheimnisträgers vorhanden sind; oder aber die Geheimnisse sind konkretisiert, d. h. äußerlich sichtbar gemacht worden, sei es in Bild- oder Schriftform. Wir rechnen deshalb auch Notizen, Briefe, Tagebücher und bildliche Darstellungen zur Geheimsphäre einer Person, sofern der Geheimhaltungswille besteht. Für unser spezielles Thema ist jedoch dieser Teil der Geheimsphäre weniger wichtig; hauptsächlich beschäftigen wird uns die psychische Geheimsphäre, da in der Regel Teile derselben aus praktischen Gründen gewissen Berufspersonen übermittelt werden müssen.

Geheimsphäre und Berufsgeheimnisverletzung stehen in engstem Zusammenhang; eine Verletzung des Berufsgeheimnisses stellt ohne weiteres eine Verletzung der Geheimsphäre eines bestimmten Individuums dar, während das korrekte Verhalten der in Frage kommenden Berufsperson die Geheimsphäre intakt läßt. Verletzt wird letztere dadurch, daß unberechtigterweise Kenntnis genommen wird von geheimen Tatsachen; ferner durch rechtswidrige Übermittlung oder Offenbarung solcher Tatsachen an Dritte und endlich durch Kenntnisverkörperung, z. B. durch Abschrift von Briefen und Tagebüchern.

Wir können an der Geheimsphäre eine objektive und eine subjektive Seite unterscheiden. Die objektive Seite der Geheimsphäre besteht darin, daß die betreffenden Tatsachen weder allgemein bekannt, noch allgemein wahrnehmbar sind. Der Geheimhaltungswille und das diesbezügliche Verhalten des Geheimnisträgers bilden die subjektive Seite.

Der rechtliche Schutz der Geheimsphäre geht mit der rechtlichen Behandlung der Berufsgeheimnisverletzung Hand in Hand. Ursprünglich haben Moral und Sitte diese Aufgabe zu erfüllen.

---

[1]) Giesker S. 1 ff.

Dieser ethische Schutz ist jedoch ungenügend, weil Moral und Sitte nicht feststehende Begriffe sind. Der subjektive Anspruch auf Schutz der Geheimsphäre wird erst durch den Rechtsschutz sichergestellt.

Die Vielseitigkeit der Lebensbeziehungen bedingt, daß die Rechtsordnung die rechtliche Existenz des Menschen in Teilkomplexe zerlegen muß, wenn die tatsächlichen Beziehungen möglichst weitgehend rechtlich erfaßt werden sollen [2]). Auf diese Weise wird dem Menschen stückweise der Rechtsschutz gewährt, der ihm wegen der Vielseitigkeit der Lebensumstände unmöglich auf einmal geschenkt werden kann; einen solchen Teilkomplex bildet die Geheimsphäre. Die Geheimsphäre wird dadurch zum Rechtsgut, und neben Fabrikations-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis und andern Geheimtatsachen bildet das Berufsgeheimnis einen Teil dieses Rechtsgutes. Dieses Rechtsgut müssen wir zu den Persönlichkeitsrechten zählen, die von Gierke [3]) definiert werden als „Rechte, die ihrem Subjekt die Herrschaft über einen Bestandteil seiner Persönlichkeitssphäre gewährleisten".

Der rechtliche Schutz kann entweder nur zivilrechtlich erfolgen — man denke an OR Art. 41 und 49, und ZGB 28. Oder dann prozessual in Form eines Zeugnisverweigerungsrechtes; dieses ist der Fall in Kantonen ohne entsprechende Strafrechtsnormen. Oder aber endlich durch Aufstellung strafrechtlicher Bestimmungen in Verbindung mit einer obligationenrechtlichen Adhäsionsklage. Daß Art. 28 des ZGB unbekümmert darum, ob die Verletzung des Berufsgeheimnisses unter Strafe gestellt ist oder nicht, die Haftung der Berufsperson wegen Berufsgeheimnisverletzung begründet, ergibt sich aus einem in Bd. 44, 2. Abt. S. 325 wiedergegebenen Bundesgerichtsentscheid [4]):

„Le médecin est par excellence un confident nécessaire; il est lié par le secret professionnel en ce qui concerne les faits qui ne lui ont été confiés qu'à raison de sa profession. En principe, le médecin n'a pas le droit de dresser et de délivrer à un tiers, sans le consentement formel de son client, un certificat attestant les constatations qu'il n'a faites et les confidences qu'il n'a reçues qu'à raison de l'exercice de sa profession. Si donc un médecin remet à un tiers, en dehors et à l'insu du malade, un pareil certificat, il trahit la confiance de son client et il engage sa responsabilité. L'acte illicite est consommé dès que la révélation a été faite; il tombe sous le coup de l'art. 28 C. C. S., indépendamment de toute intention spéciale de nuire et de toute preuve de l'existence d'un préjudice."

---

[2]) Binding S. 20.
[3]) Gierke S. 702.
[4]) Egli, Schweiz. Ärztezeitung für Standesfragen 1931 S. 654.

B. Geschichtliche Entwicklung des Berufsgeheimnisschutzes.

Schon lange bevor der Geheimnisbruch strafrechtlich sanktioniert wurde, forderte man die Geheimhaltung als ein Prinzip der ärztlichen Berufsethik. Das älteste erhaltene medizinische Sanskritwerk [5]), ungefähr um 800 v. Chr. entstanden, enthält folgende Stelle:

„Wenn der Arzt, von einem bekannten und zum Eintritte berechtigten Manne begleitet, in die Wohnung des Kranken tritt, so soll er wohlbekleidet, gesenkten Hauptes, nachdenklich, in fester Haltung und mit Beobachtung aller möglichen Vorsicht auftreten. Ist er drinnen, so darf Wort, Gedanke und Sinn auf nichts anderes gehen als auf die Behandlung des Patienten und was mit dessen Lage zusammenhängt. Die Vorgänge im Hause des Kranken dürfen nicht ausgeplaudert, auch darf von einem dem Kranken etwa drohenden frühen Ende nichts mitgeteilt werden, wo es dem Kranken oder sonst jemandem Nachteile bringen kann."

Dieses ethische Prinzip wurde auch in den Schluß der Eidesformel des Hippokrates [6]) aufgenommen:

„Ich schwöre bei Apollon, dem Arzte, bei Asklepios, Hygiea und Panakeia und bei allen Göttern und Göttinnen, indem ich sie zu Zeugen mache, daß ich diesen meinen Eid und diese meine Verpflichtungen erfüllen werde nach Vermögen und Verständnis, nämlich denjenigen, der mich in dieser Kunst unterwiesen hat, meinen Eltern gleichzuachten, sein Lebensschicksal zu teilen, ihm auf Verlangen dasjenige, dessen er bedarf, zu gewähren, das von ihm kommende Geschlecht gleich meinen männlichen Geschwistern zu halten, sie diese Kunst, wenn sie dieselbe erlernen wollen, ohne Entgelt und ohne Scheu zu lehren und die Vorschriften, Kollegien und den übrigen Lehrstoff meinen Söhnen sowohl wie denen meines Lehrers und den Schülern, welche eingetragen und verpflichtet sind, nach ärztlichem Gesetze mitzuteilen, sonst aber niemand.

Diätetische Maßnahmen werde ich treffen zu Nutz und Frommen meiner Kranken nach meinem Vermögen und Verständnis; drohen ihnen aber Schaden und Fährnis, so will ich sie davor zu bewahren suchen. ...

Was ich aber während der Behandlung im gewöhnlichen Leben erfahre, das will ich, soweit es außerhalb nicht weiter erzählt werden soll, verschweigen, indem ich derartiges als ein Geheimnis ansehe."

Bis zur französischen Revolution wurde dieser Eid des Hippokrates an der Universität Montpellier abgelegt.

Herodot berichtet von ähnlichen Vorschriften für ägyptische Heilkundige, die als Priester nebenamtlich die Heilkunst ausübten. Der Eid der Askleptiaden [7]) lautete:

„Quae vero inter curandum aut etiam minime medicinam faciens in communi hominium vita vel videro vel audiero, quae in vulgos efferri non decet, ea arcana esse, ratus silebo."

Die ältesten bekannten Quellen über die Schweigepflicht der Juristen stammen aus dem römischen Recht. Nach den Digesten-

[5]) Aus dem Ayur-Veda des Châraka, zit. von Stut, S. 1.
[6]) Spinner S. 431.
[7]) Schwertfeger S. 7.

stellen L. 41 pr. D. 9, 2 und L. 1 § 38 D. 16, 3 (Ulpian)[8]) durfte jemand, der Testamente aufbewahrte, deren Inhalt nicht unbefugt dritten Personen mitteilen; sofern er gegen dieses Gebot verstieß, hatte der Testator zivilrechtlich die actio depositi und die actio ex lege Aquilia; wenn die Offenbarung injuriae faciendae causa geschah, d. h. in der Absicht, die Mißachtung der Persönlichkeit des Testators zu zeigen, konnte dieser mit der actio injuriarum aestimatoria vorgehen. Es handelt sich aber bei diesem Geheimnisbruch nicht um eine strafbare Handlung, da keine strafrechtliche Sanktion mit der Geheimnisverletzung verbunden war; keine Gesetzesstelle erwähnt eine derartige strafbare Handlung.

Trotzdem die katholische Kirche die Verletzung des Beichtgeheimnisses sehr streng ahndete, fehlten während des ganzen Mittelalters Normen, welche die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht von Rechtskundigen und Medizinalpersonen regelten.

Eine Erklärung dürfte vielleicht darin liegen, daß das Beichtgeheimnis eine Berufspflicht gar nicht begründet, weil nicht nur der Beichtvater, sondern jede Person, die auf erlaubte oder verbotene Weise, mittelbar oder unmittelbar, von der Beichte[9]) etwas erfahren hat, zu schweigen verpflichtet ist. Bezüglich des Beichtgeheimnisses ist deshalb nach katholischer Auffassung Zugehörigkeit zum geistlichen Stande nicht erforderlich. Es genügt, daß eine Person das Schweigen bricht in bezug auf eine Tatsache, die Bestandteil einer sakramentalen Beichte ist. Weiter muß in Betracht gezogen werden, daß die Heilkunde eine Privattätigkeit bildete, in die sich der Staat nicht einmischte; ein geschlossener Berufsstand existierte nicht. Sie wurde gelegentlich von den verschiedensten Personen ausgeübt, z. B. Geistlichen, Schäfern und Henkern, die vom nötigen mystischen Schimmer umgeben waren, welcher der damaligen Naturforschung anhaftete und demgemäß auch von den Vertretern der Heilkunde verlangt wurde. Das Fehlen des Berufsgeheimnisses der Rechtskundigen dieses Zeitalters erklärt sich folgendermaßen: Die übertriebene Formalität des Prozesses brachte die Entwicklung eines Vorsprechertums mit sich; es handelte sich bei diesen Vorsprechern um Personen, die mit dem Gang des Prozesses weitgehendst vertraut waren und deshalb ihre Partei durch die Prozeßformalitäten (man denke an die rigorose Handhabung des Rechtssprichwortes „Ein Mann, ein Wort") sicher hindurchleiten konnten. Ein richtiges Urteil war nur möglich, wenn richtig gefragt, richtig gehandelt worden war, und die Aufgabe des Vorsprechers bestand nur in dieser formalen Tätigkeit[10]). Umwälzend

[8]) Sauter S. 4 ff.
[9]) Artikel „Beichtsiegel" in Wetzer und Weltes Kirchenlexikon.
[10]) Weißler S. 33 ff., vgl. auch Fehr S. 202.

war die Wirkung der Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland. Der anwachsende Rechtsstoff und das fremde Recht bedingten Personen, die sich ausschließlich mit der Vertretung ihrer weniger rechtskundigen Mitbürger befaßten; die formelle Seite bildete nicht mehr die einzige Schwierigkeit. Ihre Aufgabe war Führung des Prozesses, Verwirklichung der Rechtsansprüche ihrer Auftraggeber in einer Sprache und in Formen, die diesen größtenteils unverständlich waren. Es ergibt sich daraus, daß das Vertrauen der Partei in ihren Anwalt ein größeres werden mußte, weil derselbe zur Durchführung seiner Aufgabe weitgehend Einblick in die Privatverhältnisse seines Auftraggebers erhielt. Diese Umstände erklären den Wortlaut der Reichskammergerichtsordnung von 1495, die den zur Prokuratur am Reichskammergericht Zugelassenen folgenden Eid auferlegt: „daß sy ... Heimlicheyt und Behelf, so sy von den Partheyen empfahen, oder Underrichtung der Sachen, die sy von jn selbs mercken werden, jrer Partheyen zu Schaden, Nyemand offenbaren".

Die an den Universitäten gebildeten Ärzte des Mittelalters hatten Stillschweigen als Bestandteil der Standesethik aufgefaßt. Pietro von Abano, einer der hervorragendsten Lehrer der Schule von Padua, schärfte seinen Schülern ein, der Arzt solle sein „passionum ignominiosarum sibi revelatarum occultatorem sagacem", und Ludovicus de Avila sagte: „Deve il medico esser secreto come un confessore." [11]) Die Forderung ging nun dahin, diese sittliche, natürliche Pflicht als rechtliche Pflicht durch den Gesetzgeber aufstellen zu lassen, um damit ihre Verletzung strafrechtlich verfolgen zu können. Die Entstehung des absoluten Staates mit seinem Interesse an einem gesunden Wehrstand brachte diesbezügliche Erlasse mit sich; der erste bekannte Erlaß stammt aus Württemberg aus dem Jahre 1621 und betrifft die Hebammen, da diese wegen der geringen technischen und allgemeinen Bildung die kleinste Sicherheit für eine diskrete Ausübung ihres Berufes boten. Das preußische Medizinaledikt von 1725 gebot den Ärzten, „die ihnen entdeckten heimlichen Mängel und Gebrechen niemandem zu offenbaren".

Jedoch erblickte man selbst noch im „Neuen allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten" von 1794 die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht als die Verletzung einer öffentlichen Pflicht, weil den Medizinalpersonen beamtenähnliche Eigenschaften beigelegt wurden. Die Auffassung des Geheimnisbruches als Mißachtung der fremden Persönlichkeit drang erst später

---

[11]) Sauter S. 17.

durch. Die Bestimmung des preußischen Strafgesetzbuches von 1851, die verändert in das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund von 1870 und unverändert als § 300 in das gegenwärtig geltende Deutsche Strafgesetzbuch übernommen wurde, ist weitgehend durch die Formulierung des entsprechenden Artikels 378 des Code pénal von 1810 bestimmt.

Das ältere französische Recht kannte ebenfalls keine strafrechtliche Verfolgung des Geheimnisbruches. Nach Jousse [12]) waren bestimmte Personen, denen Geheimnisse anvertraut worden waren, gewohnheitsrechtlich entbunden, bezüglich dieser Geheimnisse vor Gericht aussagen zu müssen. In einem Edikt Louis XI. aus dem Jahre 1477 anerkannte dieser das Recht gewisser Personen (Beichtväter und Advokaten), das Zeugnis vor Gericht verweigern zu können „sauf en cas de lèse-majesté". Nach einer Ordonnance von 1498 waren die Gerichtspersonen verpflichtet, das Geheimnis zu wahren in bezug auf alle Prozesse, die vor ihnen verhandelt wurden. Das Berufsgeheimnis der Notare wurde durch Franz I. 1539 in einer Ordonnance aufgestellt. Die Kirche ging auch in Frankreich äußerst streng gegen Verletzungen des Beichtgeheimnisses vor. Noch im Jahre 1672 verurteilte das Pariser Parlament [13]) einen Beichtvater zum Strang mit nachfolgender Verbrennung und Zerstreuung der Asche in alle Winde wegen Beichtgeheimnisbruches. Das 4. Laterankonzil verbot den Beichtvätern irgendwelche Aussagen über die Beichte; als Strafe war lebenslängliches Einsperren in ein Kloster vorgeschrieben. In seinem Traité de droit publique von 1747 erinnerte Domat die Ärzte, Chirurgen und Apotheker, daß Verschwiegenheit eine ihrer Hauptaufgaben sein müsse.

Die medizinische Fakultät der Universität Paris stellte in Art. 77 der Statutenneuausgabe von 1761 die Geheimnispflicht auf [14]). Trotzdem eine ausdrückliche Formulierung der Schweigepflicht und des Zeugnisverweigerungsrechtes bis zu den napoleonischen Kodifikationen nicht stattfand, sind Urteile vorhanden, die auf eine dahingehende Praxis schließen lassen. (Z. B. wurde 1593 ein Apotheker vom Pariser Parlament verurteilt, der bei der Honorareinforderung die Krankheit seines Schuldners verraten hatte; ebenso liegt ein Urteil des Parlamentes von Rouen von 1747 vor, das einen Chirurgen wegen Verschwiegenheitsbruches verurteilte. Das Parlament von Dijon billigte 1671 das Verhalten eines Advo-

---

[12]) Jousse, Traité de l'administration de la justice und Traité de la justice criminelle 1771, zit. von Médeville, p. 8 ff.

[13]) Raviot, Arrêts not. du Parl. de Dijon II p. 311, zit. von Perraud-Charmantier p. 43.

[14]) Mothe p. 16.

katen, der vor Gericht die Aussage verweigerte über die Umstände, die bei Abschluß eines Vertrages vorgelegen hatten.) Anläßlich einer Sitzung des Pariser Parlamentes im Jahre 1728 sagte der Avocat général Gilbert des Voisins: „Ce sont donc les lois elles-mêmes qui, en instituant l'avocat, lui imposent la loi du secret, sans laquelle son ministère ne peut subsister et ses fonctions sont impossibles.“ [15])

Die Grundlagen für die strafrechtliche Formulierung der Berufsgeheimnisverletzung waren im Laufe des 18. Jahrhunderts entwickelt worden. Der unbefriedigende Stand der Strafgesetzgebung — eine der Ursachen der Revolution von 1789 — wurde durch den Code pénal von 1810 beseitigt, dessen Artikel 378 die Berufsgeheimnisverletzung regelt.

---

[15]) Capetter p. 6.

I. Kapitel.

Die eidgenössische und kantonale Gesetzgebung über das Berufsgeheimnis.

A. Eidgenössische Gesetzgebung.

1. Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 27. August 1851.

Art. 75: „Es können nicht zu Aussagen angehalten werden:

. . .

c) Geistliche in Ansehung dessen, was ihnen in der Beichte oder sonst in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut ist;

d) Sachwalter, Ärzte und Wundärzte in Ansehung desjenigen, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut ist."

2. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893.

Art. 133 Abs. 5: „Im übrigen finden die Artikel 67 bis 69 und 73 bis 83 des Bundesgesetzes betreffend die Bundesstrafrechtspflege auf die Abhörung der Zeugen und Sachverständigen entsprechende Anwendung."

3. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. November 1850.

Art. 133: „Geistliche, Ärzte und Rechtsbeistände sollen über Geheimnisse, welche ihnen vermöge ihres Amtes oder Berufes anvertraut worden sind, nicht einvernommen werden."

4. Bundesbeschluß betr. die Organisation und das Verfahren des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes vom 28. März 1917.

Art. 77 Abs. 2: „Ärzte können als Zeugen einvernommen werden; sie sind jedoch berechtigt, die Aussage über Geheimnisse zu verweigern, die ihnen infolge der Gewährung ärztlichen Beistandes anvertraut worden sind.

Ebenso können Geistliche und Rechtsbeistände die Aussage über Geheimnisse verweigern, die ihnen vermöge ihres Amtes oder Berufes anvertraut worden sind.

Verlangen jedoch der Versicherte oder seine Hinterlassenen die Aussage, so sind Ärzte und Rechtsbeistände zu ihr verpflichtet."

B. Kantonale Gesetzgebung.

1. Kanton Aargau.

a) Strafprozeßordnung vom 3. März 1858.

§ 224: „Geistliche, Ärzte und Anwälte dürfen die Mitteilung von Geheimnissen ablehnen, die ihnen in ihrer amtlichen oder Berufsstellung anvertraut worden sind."

b) Zivilprozeßordnung vom 12. März 1900.

§ 183: „Jedermann ist verpflichtet, in einem Rechtsstreite der Wahrheit gemäß Zeugnis abzulegen.

Das Zeugnis kann dagegen verweigert werden:

. . .

b) über Fragen, welche er nicht beantworten könnte, ohne ein Geheimnis zu offenbaren, das ihm kraft seines Amtes, Berufes oder Dienstes anvertraut wurde."

§ 205: „... Dieselben Gründe, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugnis abzulehnen, berechtigen einen Sachverständigen zur Ablehnung der Wahl."

2. Kanton Appenzell-A. RH.

a) Strafprozeßordnung vom 26. April 1914.

Art. 69: „Die Ablegung des Zeugnisses können verweigern:

. . .

c) Geistliche, Ärzte, Anwälte mit Bezug auf Geheimnisse, welche ihnen um ihrer Berufsstellung willen anvertraut worden sind."

b) Zivilprozeßordnung vom 26. April 1914.

Art. 114: „Jedermann ist verpflichtet, auf Verlangen gerichtliches Zeugnis zu leisten.

Ausgenommen hievon sind:

. . .

c) Geistliche, Ärzte und Anwälte in bezug auf Geheimnisse, die ihnen in ihrer beruflichen Stellung anvertraut worden sind."

3. Kanton Appenzell-I. RH.

Zivilprozeßordnung vom 10. März 1892.

§ 72: „Jedermann ist bei Androhung der in Art. 110 festgesetzten Bußen in der Regel verhalten, einem andern auf Verlangen gerichtliches Zeugnis abzulegen. Niemand aber darf zur Ablegung einer solchen Zeugenschaft angehalten werden, welche zu seiner eigenen Schande oder zu seinem unmittelbaren Schaden lauten müßte. Vermittler, Geistliche, Ärzte, Anwälte und Amtsangestellte, welche von Amts wegen zur Beobachtung des Stillschweigens über ihre Amts- und Dienstverrichtungen verpflichtet sind, können für den Fall ablehnen, sofern das abgegebene Zeugnis Gegenstände dieser Art beschlägt."

4. Kanton Basel-Stadt.

a) Strafprozeßordnung vom 15. Oktober 1931.

§ 40: „Geistliche, Notare, Advokaten, Ärzte und Hebammen dürfen das Zeugnis verweigern, soweit ihnen Fragen gestellt werden, durch deren Beantwortung sie ein ihnen bei der Ausübung ihres Berufes anvertrautes oder zur Kenntnis gelangtes Geheimnis verletzten; ihre Hilfskräfte sowie Dritte, die sie für die Ausübung ihres Berufes beigezogen haben, sind ihnen gleichgestellt. Ärzte, die ein öffentliches Amt bekleiden, sind privaten Ärzten nur gleichgestellt für Geheimnisse, die ihnen bei der Ausübung des Heilberufes anvertraut worden oder dabei zu ihrer Kenntnis gelangt sind.

b) Zivilprozeßordnung vom 8. Februar 1875.

§ 116: „Das Zeugnis dürfen ablehnen:

. . .

2. Geistliche, Ärzte, Anwälte und Notare in bezug auf Tatsachen, die ihnen in Ausübung ihres Berufes mitgeteilt wurden und die ihrer Natur nach geheimzuhalten sind."

5. Kanton Basel-Land.

Zivilprozeßordnung vom 21. Mai 1905.

§ 161: „Nur mit Zustimmung, worauf die Betreffenden vom Richter jeweilen ausdrücklich aufmerksam zu machen sind, können einvernommen werden:

. . .

2. die Geistlichen, Ärzte und Rechtsanwälte hinsichtlich der Geheimnisse, die ihnen kraft ihres Amtes oder Berufes anvertraut worden sind."

6. Kanton Bern.

a) Strafgesetzbuch vom 30. Januar 1866.

Art. 187: „Ärzte, Wundärzte und andere Gesundheitsbeamte als Apotheker, Hebammen, sowie überhaupt diejenigen, denen vermöge ihres Standes oder Berufes Geheimnisse anvertraut werden, sollen, wenn sie dieselben verraten, auf Klage des Verletzten mit Gefängnis bis zu 40 Tagen oder mit Geldbuße bis zu 200 Fr. bestraft werden, es sei denn, daß sie vermöge Gesetzes oder ihrer Pflicht zur Anzeige verbunden wären."

b) Strafprozeßordnung vom 20. Mai 1928.

Art. 141: „Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

. . .

3. Geistliche über Geheimnisse, die ihnen infolge ihres Standes anvertraut worden sind;

. . .

5. Ärzte, Apotheker, Hebammen, Advokaten, Notare und ihre Gehilfen über Tatsachen, die ihnen mit Rücksicht auf ihren Beruf anvertraut worden sind, wenn nicht die Person, die ihnen das Geheimnis anvertraut hat, sie von der Pflicht zur Geheimhaltung entbindet.

Die Bestimmungen des Gesetzes über die Ausübung medizinischer Berufsarten bleiben vorbehalten."

c) Zivilprozeßordnung vom 7. Juli 1918.

Art. 236: „Dritte Personen sind zur Vorlage der in ihren Händen befindlichen Urkunden verpflichtet. Sie sind dieser Verpflichtung enthoben, wenn der Inhalt der Urkunden sich auf Tatsachen bezieht, über welche sie als Zeugen gemäß Art. 246 und 247 die Aussage verweigern könnten."

Art. 246: „Ein Zeuge kann die Aussage über Geheimnisse verweigern, welche ihm zufolge seines Amtes, Berufes oder Dienstes anvertraut sind. Das Recht der Zeugnisverweigerung fällt weg, wenn der Zeuge von der Pflicht, die betreffenden Tatsachen geheimzuhalten, entbunden worden ist."

7. Kanton Freiburg.

a) Strafgesetzbuch vom 9. Mai 1924.

Art. 184: „Wer unbefugt ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde, Beamter, Advokat, Notar, Arzt oder als Gehilfe einer dieser Personen, oder bei Ausübung eines sonstigen zur Verschwiegenheit verpflichtenden Berufes anvertraut oder das ihm anläßlich seines Amtes oder Berufes bekannt geworden ist, wird mit Gefängnis oder Buß bestraft."

b) Strafprozeßordnung vom 11. Mai 1927.

Art. 21 Ziff. 10: „Wer durch ein Berufsgeheimnis im Sinne von Art. 184 des Strafgesetzbuches gebunden ist, kann nicht gezwungen werden, hierüber Zeugnis abzulegen."

8. Kanton St. Gallen.

a) Strafgesetzbuch vom 4. Januar 1886.

Art. 172: „Insbesondere verwirken Geistliche, Ärzte, Apotheker, Hebammen und niedere Chirurgen, welche Geheimnisse, die ihnen anvertraut werden, pflichtwidrig eröffnen, je nach der Kränkung, der Gefahr und dem Schaden, welcher dem Gekränkten daraus erwachsen ist, eine Geldstrafe bis auf 500 Fr. oder Gefängnis bis auf 2 Monate. Mit der Geldstrafe kann Gefängnis auch verbunden werden.

Die Strafverfolgung findet nur auf die Klage des Beleidigten beziehungsweise seines Vertreters (Art. 54) statt."

b) Strafprozeßordnung vom 27. Februar 1912.

Art. 81: „Die Ablegung des Zeugnisses können verweigern:

. . .

3. Beamte, Geistliche, Anwälte und Ärzte in bezug auf Geheimnisse, die ihnen um ihrer amtlichen oder Berufsstellung willen anvertraut worden sind."

c) Zivilprozeßordnung vom 31. Mai 1900.

Art. 160: „Auf Wunsch einer Partei sind als Zeugen auszuschließen:

. . .

7. Personen, welche von Amtes oder Berufes wegen zur Beobachtung des Stillschweigens über ihre Amts- oder Berufshandlungen verpflichtet sind, z. B. Geistliche, Ärzte und Rechtsanwälte, in bezug auf alles, was ihnen in ihrer amtlichen oder beruflichen Stellung anvertraut worden ist."

9. Kanton Genf.

Code pénal du 21 octobre 1874.

Art. 378: „Les médecins, chirurgiens, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de un mois à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cents francs."

10. Kanton Glarus.

a) Strafprozeßordnung vom 7. Mai 1899.

§ 69: „Zur Ablegung eines Zeugnisses in Strafprozessen ist jedermann verpflichtet, ausgenommen:

. . .

c) Geistliche, Ärzte und Anwälte mit Bezug auf Geheimnisse, die ihnen um ihrer amtlichen oder Berufsstellung willen anvertraut worden sind.

Es können indessen diese Personen gleichwohl vor Verhöramt berufen werden und, wenn sie hier freiwillig über den Sachverhalt Auskunft geben, so sind ihre Aussagen gleich denjenigen anderer Personen zu Protokoll zu nehmen."

b) Zivilprozeßordnung vom 5. Mai 1895.

§ 192: „Zur Ablegung des Zeugnisses in privatrechtlichen Rechtsstreitigkeiten ist jedermann verpflichtet, ausgenommen:

. . .

2. Geistliche, Ärzte und Anwälte mit Bezug auf Geheimnisse, die ihnen um ihrer amtlichen oder Berufsstellung willen anvertraut worden sind."

11. Kanton Graubünden.

a) Polizeigesetz vom 17. Mai 1897.

§ 47: „Wer einem andern unbefugt etwas mitteilt, was er zufolge seiner amtlichen Stellung oder seines Berufes geheimzuhalten verpflichtet war, wird auf Klage des Betroffenen mit Geldbuße bis zu 200 Fr. oder mit Gefängnis bis zu 14 Tagen bestraft."

b) Zivilprozeßordnung vom 3. November 1907.

Art. 183: „In der Regel ist jeder hiezu gesetzlich Aufgeforderte zur Zeugnisablegung verpflichtet. Von dieser Pflicht befreit sind:

. . .

3. Sachwalter, Ärzte und Beichtväter, wenn sie über Dinge aussagen sollen, die ihnen in ihrer besonderen Berufseigenschaft bekanntgeworden sind.

12. Kanton Luzern.

a) Polizeistrafgesetzbuch vom 19. November 1915.

§ 124: „Beamte, Anwälte, Ärzte, Hebammen, welche mit Verletzung ihrer Amts- oder Berufspflichten Tatsachen, die ihnen nur zufolge des besonderen Dienstverhältnisses bekannt geworden sind, andern mitteilen, sind mit einer Geldbuße von zwanzig bis vierhundert Franken zu bestrafen.

Die gleiche Strafe trifft Gehilfen dieser Personen und Familienangehörige, wenn sie Geheimnisse offenbaren, zur deren Kenntnis sie infolge ihrer Stellung gelangten.

Eine Preisgabe des Geheimnisses ist nur solchen Personen gestattet, die durch den Fortbestand desselben erheblich gefährdet werden."

b) Strafprozeßordnung vom 7. Juni 1865.

§ 149: „Geistliche, Ärzte und Advokaten dürfen die Mitteilung von Geheimnissen ablehnen, die ihnen um ihrer amtlichen und Berufsstellung anvertraut worden sind."

c) Zivilprozeßordnung vom 28. Januar 1913.

§ 161: „Die Zeugenpflicht ist allgemeine Bürgerpflicht. Das Zeugnis können ablehnen:

. . .

Geistliche, Anwälte und Ärzte und verantwortliche Zeitungsredakteure hinsichtlich der ihnen anvertrauten Amts- und Berufsgeheimnisse. Der Gerichtspräsident hat die betreffenden Zeugen auf diese Ablehnungsbefugnis aufmerksam zu machen."

13. Kanton Neuenburg.

a) Code pénal du 12 février 1891.

Art. 352: „Les médecins, chirurgiens, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, de secrets qu'on

leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis de la prison civile jusqu'à trois mois ou de l'amende jusqu'à 500 francs."

b) Code de procédure pénale du 25 septembre 1893.

Art. 185: „Ne peuvent être astreints à déposer:

. . .

3. Les ministres d'un culte, les avocats, notaires, médecins et autres personnes mentionnées à l'art. 352 du code pénal, sur les choses qui leur ont été confiées et pour lesquelles ils sont tenus au secret professionnel.

Avant d'être interrogées, ces personnes seront averties du droit qu'elles possèdent de refuser leur témoignage, leur réponse à cet avertissement sera verbalisée. Elles pourront, même au cours de leur déposition, revenir sur la renonciation qu'elles avaient faite.

Si une personne se trouve dans un des rapports indiqués au présent article seulement à l'égard de l'un des prévenus, elle n'en est pas moins tenue de déposer concernant les autres prévenus, à moins que ces dépositions ne puissent pas être divisées."

c) Code de procédure civile du 29 novembre 1906.

Art. 230: „Peuvent refuser de déposer:

. . .

6. Les ministres du culte, médecins, avocats, notaires, et autres personnes qui sont par profession dépositaires des secrets d'autrui, sur les choses qui leur ont été confiées en raison de leur profession."

14. Kanton Schaffhausen.

a) Strafprozeßordnung vom 3. März 1909.

Art. 141: „Zur Ablegung von Zeugnissen ist jedermann verpflichtet, sofern er nicht nach den Bestimmungen dieses Gesetzes zur Verweigerung berechtigt ist.

Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

. . .

d) Geistliche, Ärzte, Rechtsanwälte und Beamte über solche Tatsachen, welche ihnen mit Rücksicht auf ihr Amt oder ihren Beruf mitgeteilt worden und bezüglich deren sie zur Geheimhaltung verpflichtet sind, sofern sie nicht von den Berechtigten dieser Verpflichtung enthoben wurden."

b) Zivilprozeßordnung vom 25. Juni 1869.

§ 239: „... Die Ablegung eines Zeugnisses können verweigern:

. . .

2. Geistliche, Ärzte und Rechtsbeistände über Geheimnisse, welche ihnen vermöge ihres Amtes oder Berufes anvertraut worden sind;

. . .

Den in solchen Verhältnissen stehenden Personen ist vor Einvernahme von Amtes wegen anzuzeigen, daß sie zur Abgabe des Zeugnisses nicht verpflichtet sind."

15. Kanton Schwyz.

a) Strafprozeßordnung vom 18. Februar 1908.

§ 131: „Es dürfen das Zeugnis ablehnen:

. . .

3. Rechtsanwälte und Ärzte in bezug auf dasjenige, was ihnen bei Ausübung ihres Berufes anvertraut ist;

. . .

Die unter 2—4 bezeichneten Personen dürfen das Zeugnis nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind."

b) Zivilprozeßordnung vom 3. Dezember 1915.

§ 328: „Überdies können verweigert werden:

. . .

2. Aussagen über Tatsachen, die dem Zeugen in der Stellung als Arzt oder Anwalt anvertraut worden sind, sowie über Amtsgeheimnisse.

. . .

Das Recht der Zeugnisverweigerung fällt weg, wenn der Zeuge von der Pflicht, die betreffenden Tatsachen geheimzuhalten, entbunden worden ist.

16. Kanton Solothurn.

a) Strafprozeßordnung vom 25. Oktober 1885.

§ 168: „Von der Verbindlichkeit, gerichtliches Zeugnis abzulegen, sind ausgenommen:

. . .

2. Geistliche, Anwälte und Ärzte bezüglich desjenigen, was ihnen in ihrer amtlichen oder Berufsstellung anvertraut worden."

b) Zivilprozeßordnung vom 27. Februar 1891.

Art. 166: „Folgende Personen dürfen nicht als Zeugen verhört werden:

. . .

4. Geistliche, Ärzte und Anwälte in bezug auf solche Sachen, die ihnen ihrer Berufsstellung wegen anvertraut worden sind."

17. Kanton Tessin.

a) Codice penale del 25 gennaio 1873.

Art. 358: „§ 1. Chiunque, avendo notizia, per ragione del suo stato, ufficio o professione, di un segreto che concerne la buona fama di taluno, lo rivela, senza giusto motivo, ad altri che alla autorità avente il diritto di esigerne la communicazione, è punito, a querela di parte, colla multa dal primo al secondo grado, e nei casi più gravi colla detenzione in primo grado e coll'interdizione pure in primo grado.

§ 2. Se la rivelazione è avvenuta per via di diffamazione, libello famoso o ingiuria, si applicano le pene stabilite per questi delitti, accrescente di un grado."

b) Codice di procedura penale del 3 maggio 1895.

Art. 80: „Non possono essere obligati a deporre:

1. Gli ecclesiastici, per tutto, ciò che fu loro confidato nell' esercizio del loro ministero.

2. Gli avvocati, i notai, i medici, i chirurghi e le lavatrici per tutto ciò che fu loro confidato nell' esercizio professionale.

Le persone menzionate al n. 3 non possono rifiutarsi a deporre, allorchè la persona interessata li proscioglie dall' obligo di serbare il segreto."

c) Codice di procedura civile del 5 maggio 1899.

Art. 205: „Non possono essere obligati a deporre: ...

Gli ecclesiastici, per tutto, ciò che fu loro confidato nell' esercizio del loro ministero.

Gli avvocati, i notai, i medici, i chirurghi e le lavatrici per tutto ciò che fu loro confidato nell' esercizio professionale e coloro che non possono rispondere senza violare un segreto industriale.

Le persone menzionate al n. 2 non possono rifiutarsi dal deporre, allorchè gli interessati le proscioglono dall' obligo di serbare il segreto."

18. Kanton Thurgau.

a) Strafgesetzbuch vom 15. Juni 1841.

§ 276: „Öffentliche Beamte und Bedienstete, welche mit Verletzung ihrer Amts- oder Dienstpflicht Tatsachen, von welchen sie nur zufolge ihres Amtes oder Dienstes Kenntnis erhielten, veröffentlichen, oder die ihnen anvertrauten Akten oder Urkunden andern als den hiezu berechtigten Personen mitteilen, werden nach den über den Mißbrauch amtlicher Gewalt und des Dienstverhältnisses gegebenen Vorschriften bestraft. Den Rückfall in dieses Vergehen kann die Strafe der Einstellung im Amte oder im Dienste oder die Entsetzung treffen."

§ 284: „Die Vorschriften der vorstehenden Paragraphen beziehen sich ferner auf diejenigen Personen, welche zum Dienste des Publikums für besondere Geschäfte obrigkeitlich ermächtigt und deshalb mittelst des Handgelübdes in Pflicht genommen worden sind. Bei solchen Personen tritt die Entziehung ihrer Berechtigung ein."

b) Gesetz über das Geschworenengericht vom 24. März 1852.

§ 127: „Es können nicht zum Zeugnis angehalten werden:

. . .

c) Geistliche, Ärzte und Rechtsanwälte in Beziehung auf diejenigen Mitteilungen, welche ihnen in ihrer amtlichen oder Berufsstellung als Geheimnisse anvertraut worden sind."

c) Zivilprozeßordnung vom 1. Mai 1867.

§ 194: „Jeder, welcher zum Zeugnis aufgefordert wird, hat dem an ihn ergehenden Ruf Folge zu leisten.

Von dieser Verpflichtung sind jedoch ausgenommen:

. . .

d) Ärzte und Anwälte in bezug auf diejenigen Geheimnisse, welche ihnen wegen ihrer Berufsstellung anvertraut worden sind.

. . ."

19. Kanton Unterwalden (Obwalden).

a) Polizeistrafgesetzbuch vom 20. April 1870.

Art. 102: „Beamte, Richter, Ärzte, Hebammen, welche mit Verletzung ihrer Amts- und Berufspflicht Tatsachen, welche ihnen nur infolge ihrer besonderen Amts- oder Berufsverhältnisse bekannt geworden, andern mitteilen, sind mit einer Geldstrafe von 20 bis 200 Fr. zu bestrafen.

Bei sehr erheblichen Fällen, sowie bei wiederholtem Rückfall hat zeitige Amts- und Berufseinstellung zu erfolgen."

b) Strafprozeßordnung vom 11. März 1869.

Art. 61: „Zur Ablegung eines Zeugnisses ist jedermann verpflichtet und darf daher gegen ihn vorgeschritten werden, außer:

1. Geistliche und Ärzte, welche die Mitteilung von Geheimnissen ablehnen dürfen, die ihnen um ihrer Berufsstellung willen anvertraut wurden." ...

c) Zivilprozeßordnung vom 2. April 1901.

Art. 135: „Auf Antrag des Gegners des Beweisführers dürfen als Zeugen nicht abgehört werden:

. . .

4. Diejenigen, denen zufolge ihres Amtes, Berufes oder Dienstes Geheimnisse anvertraut werden, in bezug auf diese Geheimnisse, wie z. B. Geistliche, Ärzte, Anwälte, bevollmächtigte oder bevollmächtigt gewesene Personen usw."

20. Kanton Unterwalden (Nidwalden).

a) Strafprozeßordnung vom 29. April 1885.

§ 46: „Geistliche, Ärzte und Advokaten dürfen die Mitteilung von Geheimnissen ablehnen, die ihnen in ihrer amtlichen Berufsstellung anvertraut worden sind."

b) Zivilprozeßordnung vom 28. April 1878.

§ 86: „Durchaus unzulässig und von Amts wegen zu verwerfende Zeugen sind:

. . .

3. Solche, welchen kraft ihres Amtes, Berufes oder Dienstes Geheimnisse anvertraut werden, in betreff dieser Geheimnisse."

21. Kanton Uri.

Zivilprozeßordnung vom 29. März 1928.

Art. 191: „Es können verweigert werden Aussagen:

. . .

6. Aussagen über Tatsachen, die dem Zeugen in der Stellung als Seelsorger, Arzt oder Anwalt anvertraut worden sind, sowie über Amtsgeheimnisse. ...

Das Recht der Zeugnisverweigerung fällt weg, wenn der Zeuge von der Pflicht, die betreffenden Tatsachen geheimzuhalten, entbunden worden und er nicht von Amts wegen zum Stillschweigen verpflichtet ist."

22. Kanton Waadt.

Code de procedure civile du 20 novembre 1911.

Art. 188: „Nul n'est tenu de déposer témoin sur des faits qu'un devoir professionnel lui interdit de révéler s'il n'est expressément délié de ce devoir.

Le juge apprécie dans chaque cas, suivant la nature de la profession ou des fonctions qu'exerce le témoin jusqu'où s'étend le secret professionnel. Il s'oppose d'office à toute question à laquelle le témoin ne pourrait répondre sans violer une prescription légale ou réglementaire qui lui impose le secret."

23. Kanton Wallis.

a) Code pénal du 26 mai 1858.

Art. 286: „Les médecins, chirurgiens, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui auront révélé ces secrets, seront punis d'une amende qui pourra s'élever à 300 francs.

Ils pourront aussi, suivant les circonstances, être suspendus de l'exercice de leur état ou profession."

b) Zivilprozeßordnung vom 22. November 1919.

Art. 216: „Überdies kann die Zeugenaussage verweigert werden:

. . .

2. Wenn die Aussagen Tatsachen berühren, die dem Zeugen in seiner Stellung als Seelsorger, Arzt oder Anwalt anvertraut worden sind oder die sonst Amtsgeheimnisse betreffen."

24. Kanton Zug.

Zivilprozeßordnung vom 15. Oktober 1863.

Art. 79: „Auf Antrag des Gegners des Beweisführers dürfen als Zeugen nicht gehört werden:

. . .

4. Personen, denen zufolge ihres Amtes, Berufes oder Dienstes, Geheimnisse anvertraut wurden, in bezug auf diese Geheimnisse."

25. Kanton Zürich.

a) Strafprozeßordnung vom 4. Mai 1919.

§ 130: „Geistliche, Ärzte und Anwälte dürfen die Mitteilung von Geheimnissen ablehnen, die ihnen um ihrer Amts- oder Berufsstellung willen anvertraut worden sind."

b) Zivilprozeßordnung vom 13. April 1913.

§ 187: „Überdies können verweigert werden:

. . .

2. Aussagen über Tatsachen, die dem Zeugen in der Stellung als Seelsorger, Arzt oder Anwalt anvertraut worden sind, sowie über Amtsgeheimnisse; das Recht der Zeugnisverweigerung fällt weg, wenn der Zeuge von der Pflicht, die betreffende Tatsache geheimzuhalten, entbunden worden ist."

C. Vergleichende Übersicht der kantonalen Bestimmungen.

Beim Vergleichen [1]) dieser kantonalen Bestimmungen zeigen sich große Verschiedenheiten. Einzelne Kantone haben den absoluten Berufsgeheimnisschutz Frankreichs ganz oder abgeschwächt übernommen. In keinem der zehn Strafgesetzbücher, die eine Bestimmung über Berufsgeheimnisverletzung enthalten, findet sich

---

[1]) v. Overbeck S. 24 a.

der Begriff des höhern Interesses, wie ihn der Entwurf zum Schweizerischen Strafgesetzbuch aufgenommen hat, der darin vom deutschen Recht beeinflußt worden ist.

Die Mehrzahl der Kantone kennt keine diesbezüglichen Bestimmungen in ihren Strafgesetzbüchern; es liegt nur eine prozessuale Regelung der Materie vor. Eine Einteilung kann von dem erwähnten Gesichtspunkte aus in der Weise erfolgen, daß wir Kantone unterscheiden mit materiellen Bestimmungen über Berufsgeheimnisverletzung, während die andern Kantone nur eine prozessuale Regelung kennen.

1. Kantone mit materieller Regelung des Berufsgeheimnisschutzes.

Bern, Freiburg, St. Gallen, Genf, Graubünden, Luzern, Neuenburg, Obwalden, Tessin und Wallis.

2. Kantone mit prozessualer Regelung des Berufsgeheimnisschutzes.

Aaargau, Appenzell-A. RH., Appenzell-I. RH., Basel-Land, Basel-Stadt, Glarus, Nidwalden, Schaffhausen, Solothurn, Schwyz, Thurgau, Uri, Waadt, Zug und Zürich.

Beeinflußt wurden die kantonalen Bestimmungen, wie schon erwähnt, vielfach vom Code pénal (Freiburg, Genf, Neuenburg und Wallis). Die Bestimmung des tessinischen Strafgesetzbuches ist dem entsprechenden Artikel 163 des alten italienischen Codice penale nachgebildet worden.

Es ist ferner auf die sehr verschiedene systematische Stellung der Bestimmung über Berufsgeheimnisverletzung in den verschiedenen Strafgesetzbüchern hinzuweisen. Obwalden, Graubünden und Luzern z. B. haben besondere Titel „Verletzung fremder Geheimnisse"; Neuenburg, Wallis und Tessin behandeln den Geheimnisbruch im Anschluß an die Ehrdelikte, während Genf die Berufsgeheimnisverletzung im Titel „De diverses espèces de fraudes" unterbringt.

Der Kreis der Personen, die Subjekte einer Berufsgeheimnisverletzung sein können, ist kantonal ebenfalls sehr verschieden umschrieben.

Abschließende Aufzählungen der verschiedenen geheimnispflichtigen Berufspersonen finden sich in den Strafgesetzbüchern von Obwalden, Luzern und St. Gallen.

Die generelle Methode befolgen Tessin (chiunque, avendo notizia, per ragione del suo stato, ufficio o professione, di un segreto ...) und Graubünden: „... was er zufolge seiner amtlichen Stellung oder seines Berufes geheimzuhalten verpflichtet war."

Wieder eine andere Gruppe von Kantonen unterstellt sämtlich zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufspersonen der Strafbestimmung über Geheimnisbruch unter beispielsweiser Hervorhebung bestimmter Berufspersonen: Bern, Genf, Wallis und Neuenburg haben diese exemplifikative, generell-spezielle Methode gewählt.

Die Umschreibung des Objektes der strafbaren Handlung, d. h. des preisgegebenen Geheimnisses, ist ziemlich einheitlich: Bern, Genf, Wallis und Neuenburg sprechen von anvertrauten Geheimnissen. Luzern sagt „Tatsachen, die ihnen nur zufolge des besonderen Dienstverhältnisses bekannt geworden sind".

Da der Ausdruck „anvertraut" vielfach zu Kontroversen und zu einer restriktiven Gesetzesinterpretation Anlaß gab, stellt das neue freiburgische Strafgesetzbuch den „anvertrauten Geheimnissen" diejenigen gleich, die der Berufsperson anläßlich ihres Amtes oder Berufes bekannt worden sind.

Erwähnenswert ist auch das tessinische Gesetz, welches die ausdrückliche Erwähnung des Anvertrauens umgeht (chiunque avendo notizia).

Hinsichtlich der Handlung werden die Wendungen gebraucht: offenbaren, révéler, rivelare, andern mitteilen, eröffnen, verraten. Bezüglich der Rechtswidrigkeit finden sich die Ausdrücke: unbefugtes Mitteilen, unbefugtes Offenbaren, pflichtwidriges Eröffnen. Sofern die Offenbarung eine rechtmäßige ist, wird gesagt: „... es sei denn, daß sie vermöge Gesetzes oder ihrer Pflicht zur Anzeige verbunden wären", so das bernische Strafgesetzbuch in Art. 187 mit Rücksicht auf das Medizinalgesetz von 1865; Freiburg, Genf und Neuenburg brauchen die Wendung „en dehors des cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs". Tessin drückt sich wie folgt aus: „senza giusto motivo ad altri che alla autorià avente il diritto di esigerne la comunicazione", während Luzern den Satz enthält: „Eine Preisgabe des Geheimnisses ist nur solchen Personen gestattet, die durch den Fortbestand desselben erheblich gefährdet werden."

Als Antragsdelikt ist die Berufsgeheimnisverletzung behandelt in den Strafgesetzbüchern von Bern, St.Gallen und Tessin; als Offizialdelikt dagegen in Freiburg, Genf, Luzern, Neuenburg, Obwalden und Wallis.

Bezüglich der Strafe sehen Bern, Freiburg und St. Gallen wahlweise Gefängnis oder Geldbuße vor; Obwalden, Luzern und Wallis drohen nur Buße an, während Genf und Neuenburg Gefängnis und Buße verbinden.

Erwähnenswert ist Obwalden, das bei sehr erheblichen Fällen sowie bei wiederholtem Rückfall „zeitige" Amts- und Berufseinstellung androht.

Von den eidgenössischen Bestimmungen bietet Abs. 3 von Art. 77 des Bundesbeschlusses über das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht besonderes Interesse.

Das den Geistlichen zugesicherte Privileg der Zeugnisverweigerung besteht nicht mehr für Ärzte und Anwälte, wenn der Versicherte oder die Hinterlassenen die Aussage verlangen. Man hat eingewendet, daß ein Arzt oder Rechtsanwalt vor Eidg. Versicherungsgericht aussagen müsse und wegen dieser Aussagen nach seinem kantonalen Strafrecht strafbar erklärt werden könne. Dagegen ist einzuwenden, daß Bundesrecht dem kantonalen Recht vorgeht; ein solches Strafurteil müßte durch das Bundesgericht auf Rekurs der betreffenden Berufsperson als verfassungswidrig aufgehoben worden [2]) (Art. 2 Übergangsbestimmungen BV). Im Beweisverfahren vor Eidg. Versicherungsgericht werden Urkunden dem mündlichen Zeugnis gleichgestellt, so daß in beiden Fällen die gleiche Zeugnispflicht besteht. Ein Arzt darf also grundsätzlich als sachverständiger Zeuge (nach Organisationsbeschluß Art. 66, 136 und 137) die Herausgabe von Krankengeschichten nicht verweigern, sofern er als Zeuge auszusagen verpflichtet ist. — Immerhin dürfte es fraglich sein, ob Krankengeschichten, die von Privatärzten als Privataufzeichnungen gemacht wurden, als Urkunden in diesem Sinne aufzufassen sind. — Jedoch muß er nach Fleiner [3]) die Krankengeschichte nur auszugsweise einreichen, ohne ihm anvertraute Geheimnisse (wobei allerdings der Geheimnisbegriff restriktiv aufzufassen ist). Wenn aber nach Art. 77 Abs. 3 der Versicherte oder seine Hinterlassenen die Aussage verlangen und auf die Geheimhaltung verzichten, hat die Herausgabe in vollem Umfange zu erfolgen, ausgenommen natürlich Geheimtatsachen, die dem Arzt vom dritten Geheimnisherren (Kollegen, Freunde) und über Dritte im Hinblick auf seine Schweigepflicht mitgeteilt wurden. Fleiner bezeichnete diese Lösung als verständigen Kompromiß zwischen den Anforderungen der Rechtspflege und der Schweigepflicht des Arztes, weil die möglicherweise erheblichen finanziellen Leistungen der Versicherungsanstalt nur demjenigen zukommen sollen, der die gesetzlichen Erfordernisse erfüllt.

---

[2]) Fleiner, Schweiz. Ärztezeitung f. Standesfragen 1925 S. 416 ff.; siehe auch Schweiz. Ärztezeitung f. Standesfragen 1924 S. 1 u. 45 wegen der Kontroverse Prof. Bleuler/Bundesversicherungsrichter v. Segesser und Ztschr. f. Schweiz. Recht 1924 S. 271 a.

[3]) Fleiner, Schweiz. Ärztezeitung 1925 S. 419.

II. Kapitel.

Die Subjekte der Berufsgeheimnisverletzung.

A. Die verschiedenen gesetzgeberischen Methoden.

Unter den Subjekten der Berufsgeheimnisverletzung versteht man alle diejenigen Personen, die im Falle des Geheimnisbruches der Strafverfolgung unterliegen. Es handelt sich also um bestimmte Kategorien von Berufspersonen, denen bei Ausübung ihres Berufes Geheimnisse anvertraut werden.

Bei der Umschreibung des geheimnispflichtigen Personenkreises hat der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten. Er nimmt entweder eine Aufzählung der geheimnispflichtigen Personen vor, ohne abstrakte Umschreibung eines Personenkreises; wir bezeichnen mit Schmidt [1]) diese Methode als die spezielle. Den Gegensatz dazu bildet die generelle Methode, bei der, wie schon der Name besagt, auf die Aufzählung bestimmter Berufsarten verzichtet wird. Eine Kompromißlösung bildet schließlich die generell-spezielle Methode, die eine Vereinigung beider Extremmethoden darstellt, indem neben abstrakter Umschreibung beispielsweise bestimmte Berufspersonen aufgezählt werden. Wiegen wir zunächst die Vor- und Nachteile dieser Methoden ab.

Die spezielle Methode bezeichnet in unzweideutiger Weise die geheimnispflichtigen Berufspersonen: Ärzte, Rechtsanwälte, Geistliche usw.; sie erkauft den Vorteil der Klarheit mit dem Nachteil der Starrheit. Eine katalogweise Aufzählung hat gesetzestechnisch immer den Nachteil, daß sie den Entwicklungsmöglichkeiten der Gesellschaftsordnung in ungenügendem Maße Rechnung trägt und deshalb in relativ kurzen Zeitabschnitten Revisionen nötig macht. Gewisse neu entstehende Berufskategorien entbehren in diesem Falle den Berufsgeheimnisschutz, obgleich derselbe in Anbetracht der besonderen Art der Berufstätigkeit und der im Laufe derselben behandelten Fragen am Platze wäre. Man denke z. B. an psychologisch geschulte Berater bei Erziehungs- und Entwicklungsschwierigkeiten, die als Nichtmediziner bei einem kasuistisch nur die Ärzte aufzählenden Gesetzestext als Subjekte der Berufsgeheimnisverletzung nicht in Frage kommen; dagegen wird man in veralteten, die spezielle Methode befolgenden Strafgesetzbüchern Berufspersonen angeführt finden, die der Vergangenheit angehören, wie Wundärzte und „Chirurgen".

---

[1]) Schmidt S. 10.

Die generell-spezielle Methode will die Nachteile einer zu großen Starrheit und daraus sich ergebender herabgesetzter Anpassungsfähigkeit ausgleichen durch abstrakte Umschreibung eines Berufskreises mit spezieller, beispielsweiser Hervorhebung bestimmter Berufspersonen. Es ist dies die Methode, die der Code pénal gewählt hat; die Personen der Heilpflege werden in ihren Hauptrepräsentanten namentlich aufgeführt, dagegen Teil- oder Nebenfunktionen ausübende Berufspersonen nur beispielsweise erwähnt, während er für die übrigen geheimnispflichtigen Berufskategorien die vollständig abstrakte Umschreibung gebraucht: „et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession, des secrets qu'on leur confie".

Perraud-Charmantier [2]) bezeichnet „et toutes autres personnes ..." als „formule large, beaucoup trop large même et qui a pu autoriser tant d'abus". Der Nachteil dieser generell-speziellen Methode dürfte darin zu finden sein, daß durch die spezielle Erwähnung bestimmter Berufspersonen denselben eine vom Gesetzgeber nicht bezweckte erhöhte Schweigepflicht zugemutet werden könnte, während bei den nicht speziell aufgeführten Personen eine gegenteilige Vermutung denkbar wäre.

Wie schon erwähnt, verzichtet die generelle Methode auf jede Aufzählung; sie geht dabei von der Anschauung aus, daß die Schweigepflicht begründet wird durch ein Treueverhältnis, hervorgehend aus einer gewissen Zwangslage, die den Geheimnisherrn zur Anvertrauung veranlaßt. Der Strafbestimmung über Geheimnisbruch würden folglich alle Personen unterliegen, denen gegenüber vom Geheimnisträger ein derartiges Vertrauen entgegengebracht wird. Schmidt [3]) sagt:

„Bei dieser generellen Bestimmungsart ist allen, die in einem solchen Berufe tätig sind, der ein Vertrauensverhältnis entstehen läßt, Verschwiegenheit auferlegt. Ob in zweifelhaften Fällen ein solches Verhältnis wirklich besteht, soll zu beurteilen dem Ermessen des Richters anheimgestellt sein; doch soll er sich dabei weit eher eine extensive als eine restriktive Gesetzesauslegung zunutze machen."

Auch hier steht man vor einer nicht leichten Entscheidung. Sowohl die generelle wie auch die spezielle Methode haben ihren Vorteil: die spezielle denjenigen der Klarheit und die generelle denjenigen der Anpassungsfähigkeit an veränderte Verhältnisse. Sofern die generelle Methode mit den Erfordernissen, die an ein Strafgesetzbuch gestellt werden müssen, vereinbar wäre, würde sie

---

[2]) Perraud-Charmantier p. 236.
[3]) Schmidt S. 11.

zweifellos eine gute Lösung darstellen, weil ein hochstehender Richterstand eine allzu dehnbare Interpretation ausschließen würde. Dem Richter wäre jedoch in diesem Falle für heutige Begriffe eine Machtstellung eingeräumt, die mit seiner Unterstellung unter den Gesetzgeber nicht leicht vereinbart werden kann. Zudem scheint diese Methode mit dem Strafrechtsgrundsatz nullum crimen sine lege nicht gut in Einklang gebracht werden zu können, da eine derartig abstrakte, dehnbare Formel der Forderung nach Abgeschlossenheit nicht entspricht.

Eine konkretere, für den Richter verbindliche Methode muß deshalb gefunden werden. Die Nachteile der speziellen Methode könnten vermieden werden durch abstrakte Umschreibung der Berufstätigkeit und unmittelbar darauf folgende beispielsweise Aufzählung, z. B. Medizinalpersonen, wie Ärzte, Zahnärzte, Apotheker usw.; Personen der Rechtspflege, wie Anwälte, Notare usw.

Damit wird für den Richter eine Interpretationsgrundlage geschaffen, die Anpassungsfähigkeit an die Verhältnisse mit Befolgung des gesetzgeberischen Willens vereinigt, indem nur bestimmte Berufskategorien darunter fallen. Die Starrheit der katalogmäßigen Aufzählung ist dadurch vermieden, weil in der jeweiligen beispielsweisen Aufzählung sämtliche für die betreffende Kategorie in Frage kommende Berufspersonen aufgezählt werden, deren Katalog interpretationsweise dem Stande der Entwicklung angepaßt werden kann.

Wir unterscheiden im folgenden dem Entwurfe entsprechend drei Hauptkategorien von Subjekten: Personen der Rechtspflege, Medizinalpersonen und Geistliche. Von der deutschen Doktrin [4]) wird die Ausdehnung des Berufsgeheimnisschutzes auf ausländische Berufspersonen mit Recht verneint, weil die Bezeichnung Arzt, Rechtsanwalt zu den Rechtsbegriffen des betreffenden Landesrechtes geworden ist. Für die schweizerischen Kantone, die ein entsprechendes Berufspatent kennen, dürfte das gleiche gelten.

B. Die Subjekte der Berufsgeheimnisverletzung nach schweizerischem Recht.

Art. 33 der Bundesverfassung sagt, daß es den Kantonen anheimgestellt bleibt, die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten von einem Ausweis der Befähigung abhängig zu machen und daß auf dem Wege der Bundesgesetzgebung dafür zu sorgen sei, daß derartige Ausweise für die ganze Eidgenossenschaft gültig erworben werden können. Die Kantone sind berechtigt, nicht verpflichtet, Befähigungsnachweise zu verlangen; sie können die wissenschaft-

[4]) Sauter S. 97; Schmalzl S. 12.

lichen Berufe freigeben, oder, wenn ein eidgenössischer Ausweis besteht, sich für ihre Gebiete mit einem leichteren eidgenössischen oder fremden begnügen.

1. Personen der Rechtspflege.

a) Notare.

Das jeweilige kantonale Recht bestimmt, wer Notar des betreffenden Kantones ist; in einigen Kantonen sind sie Staatsbeamte. Weil das Notariat mit dem öffentlichen Recht eines bestimmten Kantones eng verknüpft ist, besteht Einstimmigkeit darüber, daß Art. 5 der Übergangsbestimmungen (ÜB) der Bundesverfassung für das Notariat nicht gilt. Von den Notaren war in den Verhandlungen [5]), aus denen Art. 33 BV hervorgegangen ist, nie die Rede; der Beruf des Notars ist zu sehr mit dem öffentlichen Recht der Kantone verflochten, als daß an seine Freizügigkeit gedacht werden könnte. Die Tätigkeit des Notars als öffentlicher Urkundsperson beschränkt sich deshalb auf das betreffende Kantonsgebiet und kein Kanton ist verpflichtet, gestützt auf einen außerkantonalen Fähigkeitsausweis das Recht zur Ausübung im eigenen Kanton zu gestatten.

b) Rechtsanwälte.

Art. 5 Übergangsbestimmungen BV lautet: „Personen, welche den wissenschaftlichen Berufsarten angehören, und welche bis zum Erlasse der im Art. 33 vorgesehenen Bundesgesetzgebung von einem Kanton oder von einer mehrere Kantone repräsentierenden Konkordatsbehörde den Ausweis der Befähigung erlangt haben, sind befugt, ihren Beruf in der ganzen Eigenossenschaft auszuüben."

Der Bund hat trotz Art. 33 BV das betreffende Gesetz, das einen einheitlichen eidgenössischen Anwaltsausweis schafft, noch nicht erlassen. Maßgebend zur Bestimmung, wer das Recht zur Ausübung der Advokatur im betreffenden Kanton hat, ist deshalb noch immer das kantonale Recht, das in diesem Falle allerdings sehr weitgehend ergänzt wird durch den oben zitierten Art. 5 ÜB. Seit den Erlassen von 1877 und 1886 über die Freizügigkeit der Ärzte hat Art. 5 ÜB nur noch auf Rechtsanwälte praktisch Anwendung gefunden. Über die juristische Natur des Befähigungsausweises, gestützt auf welchen der angesuchte Kanton die Bewilli-

---

[5]) Vgl. zum folgenden hauptsächlich Burckhardt, Kommentar z. Bundesverfassung, 3. Aufl. S. 274 ff.

gung zur Ausübung der Advokatur auf seinem Gebiet gestatten muß, sagt Burckhardt [6]) folgendes.

„Der Ausweis muß die wissenschaftliche Befähigung bezeugen; es muß ihm daher ‚in irgendeiner Weise eine materielle Untersuchung über die zur Berufsausübung erforderlichen wissenschaftlichen und praktischen Fähigkeiten vorausgegangen sein (Bundesgerichtsentscheid Bd. 22 I 929)'; ist dies der Fall, so steht den anderen Kantonen eine materielle Nachprüfung des Ausweises nicht mehr zu. Ein Fürsprecherpatent, welche ohne jede vorausgegangene Prüfung lediglich auf das Zeugnis des obersten Gerichtshofes eines Kantones hin erteilt wird, in welchem die Advokatur freigegeben ist, kann nicht als Befähigungsausweis im Sinne Art. 5 ÜB angesehen werden."

Es bleibt den Kantonen anheimgestellt, ob sie einen wissenschaftlichen Ausweis verlangen oder die Advokatur freigeben wollen. Die Kantone sind nur berechtigt, nicht verpflichtet, Befähigungsausweise zu verlangen.

Die folgende Zusammenstellung [7]) soll den Rechtszustand in den verschiedenen Kantonen wiedergeben.

1. Volle Advokaturfreiheit besteht in:

Appenzell-A. RH., ZPO vom 26. April 1914, Art. 46,
Glarus, ZPO vom 5. Mai 1895 § 40,
Graubünden, ZPO vom 3. November 1907 § 36,
Schaffhausen, ZPO vom 25. Juli 1869 § 132,
Zug, ZPO vom 15. Oktober 1863 § 15.

Die Bundeszivilprozeßordnung von 1850 stellt in Art. 28 ebenfalls die Anwaltsfreiheit auf.

2. Eine Sonderstellung nimmt der Kanton Solothurn ein, in welchem Advokaturfreiheit besteht mit der Einschränkung, daß Anwälte, welche die freiwillige Prüfung bestanden haben, gewisse Vorteile genießen (ZPO vom 27. Februar 1891 Art. 4, 5, 265—268).

3. In Art. 52 lit. g Ziff. 5 der Kantonsverfassung von Uri von 1888 ist die Wahl von Landesfürsprechen durch die Landsgemeinde vorgesehen, die abgesehen von der Zulassung auswärtiger, patentierter Anwälte allein zu berufsmäßiger gerichtlicher Vertretung befugt sind. Eine Fähigkeitsprüfung findet nicht statt.

4. Alle übrigen Kantone verlangen eine kantonale Bewilligung, die erteilt wird einmal gestützt auf moralische Eigenschaften des Kandidaten, sodann auf einen Ausweis über praktische und theoretische Befähigung zum Beruf [8]).

---

[6]) Burckhardt S. 824.

[7]) Vgl. dazu: a) Zürcher S. 32 ff.; b) Burckhardt, Ztschr. f. schweiz. Recht 1922 S. 3 a.

[8]) Vgl. die Zusammenstellung der einschlägigen kantonalen Gesetze in Zürcher, Schweiz. Anwaltsrecht S. 64 ff.

2. Medizinalpersonen.

Der oben zitierte Artikel der Bundesverfassung, der die Einführung eines eidgenössischen Diploms vorsieht, wurde ausgeführt durch das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1877 betr. die Freizügigkeit des Medizinalpersonals. In einer Botschaft vom 18. Mai 1877 zum Medizinalgesetz nahm der Bundesrat an, nicht nur die Berufe der niedrigen Chirurgie, der Orthopädie und der Hebammenberuf seien keine wissenschaftlichen Berufe, sondern auch der Beruf des Zahnarztes; mit Rücksicht auf die in der Zahnheilkunde gemachten wissenschaftlichen Fortschritte ist er im Jahre 1886 auf seine Meinung zurückgekommen, und durch das Bundesgesetz vom 21. Dezember 1886 ist das Freizügigkeitsgesetz auf Zahnärzte ausgedehnt worden.

Über die freie Ausübung der Arzneikunst bestand seit dem 22. Juli 1867 ein Konkordat, dem bis zum 24. Oktober 1873 alle Kantone außer Unterwalden, Tessin, Freiburg, Waadt, Wallis und Genf beigetreten waren. Die Konkordatskantone verpflichteten sicht, die Ausübung des Arztberufes nur denjenigen zu gestatten, die das Examen vor einer Konkordatsbehörde bestanden hatten.

Arzt, Zahnarzt, Apotheker und Tierarzt im Sinne der kantonalen strafrechtlichen Bestimmungen über Berufsgeheimnisverletzung sind demnach in erster Linie alle Besitzer eines eidgenössischen Diploms, das „gegenüber allen Kantonen ohne weiteres die Frage der wissenschaftlichen und praktischen Befähigung erledigt“ [9]). Für die Inhaber eines solchen Patentes wird dadurch Freizügigkeit für die ganze Eidgenossenschaft geschaffen. Dem Kanton verbleibt nur ein Kontrollrecht über den Ausweis, indem die Berufsausübungserlaubnis an amtlicher Stelle nachgesucht werden muß. Das Bundesgesetz schreibt den Kantonen die Erteilung der Berufsausübungserlaubnis vor, sofern ein eidgenössisches Diplom vorgelegt werden kann. Den Kantonen wird aber die Kompetenz nicht genommen, gewisse Anforderungen an die Ausübung des betreffenden Berufes zu stellen, z. B. fiskalischer oder polizeilicher Art (s. Bundesgerichtsentscheid vom 1. Juli 1903 i. S. Magne gegen Freiburg; ebenso der Entscheid vom 17. März i. S. Betschart gegen Basel-Land). Das Bundesgesetz nimmt ihnen auch nicht die Kompetenz, kantonale Prüfungen abzuhalten, und zwar leichtere oder schwerere, oder Leuten mit anderen als in der Bundesgesetzgebung vorgesehenen Ausweisen die Praxis zu gestatten. Nur Genf [10]) kennt heute eigene kantonale ärztliche und zahnärztliche

---

[9]) v. Salis Nr. 835.
[10]) Lanz S. 22.

Prüfungen, hauptsächlich für ausländische Studenten, die in ihrer Heimat praktizieren werden.

Es wurde verschiedentlich erörtert, ob auch die Zahnärzte unter den Begriff „Ärzte" fallen, sofern sie in den betreffenden Gesetzestexten nicht namentlich aufgeführt sind. Zweifellos sind diejenigen Zahnärzte zu den Ärzten zu zählen, die das eidgenössische Patent als Arzt erworben haben, da die Approbation als Arzt das Recht zur Behandlung des gesamten kranken Menschen erteilt. Der Vollarzt ist zu allen ärztlichen Funktionen berechtigt, er kann den Beruf des Zahnarztes als Spezialarzt ausüben. Anders dagegen der Zahnarzt, der kein eidgenössisches Vollarztpatent besitzt. Spinner [11]) bezeichnet ihn als Teilarzt, als arztähnliche Medizinalperson. „Zahnarzt und Hebamme sind nach unserer Ansicht arztähnliche Medizinalpersonen mit einer beschränkten Approbation für die Zahnbehandlung und die ‚kleine' Geburtshilfe. Immerhin ist der Unterschied der, daß die Hebamme dem Arzt subordiniert ist, während der Zahnarzt nur in bestimmten Fällen vom Arzte abhängig wird (Narkose). Im übrigen erscheint der Zahnarzt als selbständige Medizinalperson."

Es wäre zweifellos unbillig, wenn der als Zahnarzt sich betätigende Vollarzt der Schweigepflicht unterliegen würde, während dies beim Zahnarzt nicht der Fall wäre, um so mehr, als das Publikum sich dieses Unterschiedes in den meisten Fällen nicht bewußt ist. Es sieht den Zahnarzt als Spezialarzt an und glaubt die anvertrauten Geheimnisse bei ihm ebenso geschützt wie bei allen andern Ärzten [12]). Zudem ist Sauters [13]) Behauptung unzutreffend, daß die Möglichkeit zur Wahrnehmung schutzbedürftiger Tatsachen bei Ausübung der zahnärztlichen Praxis nur gering sei; man denke z. B. an Zahnersatz oder an Symptome luetischer Erkrankungen.

In der deutschen Doktrin sind die Ansichten [14]) geteilt, ob der Zahnarzt zu den schweigepflichtigen Personen zu zählen sei oder nicht. In Frankreich sind die „chirurgiens dentistes" durch das Gesetz vom 30. November 1892 den ärztlichen Vorschriften unterstellt worden und somit schweigepflichtig [15]).

Dagegen ist sich die deutsche Doktrin [16]) darüber einig, daß Tierärzte nicht unter den Begriff Ärzte fallen, weil das ausschlag-

---

[11]) Spinner S. 48.
[12]) Kirchgeorg S. 8.
[13]) Sauter S. 78.
[14]) Dafür sind z. B. Binding S. 126, Finger S. 355; dagegen besonders Sauter S. 80, Jellinek S. 668.
[15]) Perraud-Charmantier p. 177.
[16]) Hippe S. 287; Sauter S. 78; Bergfeld S. 35.

gebende Moment der Behandlung menschlicher Krankheiten fehlt und zudem beim Tier nicht von einer Geheimsphäre gesprochen werden kann, obgleich möglicherweise der Eigentümer ein Interesse an der Geheimhaltung hat.

3. Geistliche.

Das deutsche Recht, welches die spezielle Methode bezüglich des schweigepflichtigen Personenkreises gewählt hat, läßt in seinem Katalog die Geistlichen weg. Die abschließende Aufzählung schließt die Ausdehnung auf Geistliche aus [17]). Dagegen fallen nach Doktrin und Praxis die Geistlichen unter den Passus von Art. 378 Code pénal „et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie".

Der Entwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch sowie Art. 172 des Strafgesetzbuches von St. Gallen führen die Geistlichen in ihrem Katalog auf. Wie erklärt sich die Weglassung der Geistlichen in den Gesetzbüchern, welche die spezielle Methode befolgen? Entweder ist darin eine Privilegierung dieses Standes zu erblicken, weil der Schutz durch die Kirche als genügend erachtet wird, oder aber es wird dadurch die Gleichgültigkeit des modernen Staates in religiösen Angelegenheiten ausgedrückt. Über die Notwendigkeit eines strafrechtlichen Schutzes führt Wolff [18]) aus:

„Gerade das Beichtgeheimnis, das als Prototyp und ‚älteste Analogie, ja zuversichtlich als Ursprung des — ärztlichen — Berufsgeheimnisses angesprochen werden darf', bedarf wegen seiner hohen Bedeutung des strafrechtlichen Schutzes. Wenn auch ... das Pflichtbewußtsein der Geistlichen im allgemeinen als hinreichender Schutz des Beichtgeheimnisses erscheinen mag, so daß es eines strafrechtlichen Schutzes kaum noch zu bedürfen scheint, so hat doch der Fall Burtz und die durch ihn hervorgerufene Literatur die Bedenklichkeit jesuitischer Theorien so grell beleuchtet, daß ein fester strafrechtlicher Schutz des Beichtgeheimnisses geboten erscheint."

Die Auffassung des Geheimnischarakters, den die katholische Kirche den in der Beichte anvertrauten Tatsachen zukommen läßt, ist eine sehr strenge. Schon Augustin [19]) sagte: „Was ich durch die Beichte erfahre, weiß ich weniger, als was ich überhaupt nie gewußt habe." Sogar die Inquisition schützte das Beichtgeheimnis, obgleich sie sonst alle Mittel zur Wahrheitserforschung anwandte.

Die Rechtsprechung ging in Frankreich ursprünglich nur so weit, daß nur die in der ordentlichen Beichte anvertrauten Geheimnisse strafrechtlich geschützt wurden; der Schutz erstreckte sich nicht auf sogenannte sakramentale Geheimnisse, d. h. Geheimnisse,

---

[17]) Bergfeld S. 31.

[18]) Wolff S. 13, u. Leonhard, Das Beichtgeheimnis, in der Ztschr. für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. XXVI S. 405.

[19]) Perraud-Charmantier p. 39.

die dem Geistlichen außerhalb der Beichte in seiner Eigenschaft als Seelsorger und Berater anvertraut wurden. Durch einen Kassationsentscheid von 1810 wurde der Schutz auch auf diese sakramentalen Geheimnisse ausgedehnt. Da es sich bei diesem, die spätere Praxis begründenden Entscheid um eine Geheimnisanvertrauung handelte, die ausdrücklich unter dem Siegel der Verschwiegenheit und unter beichteähnlichen Umständen erfolgte, sieht Perraud-Charmantier [20]) eine mißliche Praxis darin. Einverstanden dagegen ist er mit einem Entscheid des Tribunal correctionel de la Seine vom 19. Mai 1900: le fait extra-confessionel est protégé comme s'il avait été appris en confession, au seul cas où il y aura eu confidence expresse.

Der Schutz wurde in Frankreich allen Geheimnissen gewährt, die irgendeinem Geistlichen einer staatlich anerkannten Religion anvertraut wurden; maßgebend war nur die Ausübung des Seelsorgeberufes, gleichgültig, ob die betreffende Konfession ein beichtähnliches Institut kennt oder nicht. Seit der Trennung von Staat und Kirche durch das Gesetz vom 9. Oktober 1905 ist allerdings kein diesbezüglicher Entscheid gefällt worden; da aber in diesem Gesetz die Gewissens- und Kultusfreiheit garantiert wird, dürfte kein Grund bestehen, von der erwähnten Praxis abzuweichen.

Bei der Behandlung des Vorentwurfartikels in der zweiten Expertenkommission ist der Vorschlag [21]) gemacht worden, die Geheimnispflicht einzuschränken auf Geistliche öffentlicher Religionsgesellschaften, damit nicht Geistliche reiner Privatkirchen einem Sonderrecht, einer besonderen Verantwortlichkeit, unterworfen würden. In Anbetracht der vielgestaltigen kirchenrechtlichen Verhältnisse in den Kantonen dürfte eine derartig enge Fassung (oder Interpretation) nicht den Verhältnissen entsprechen. Es ist zudem zu bedenken, daß der Bund nicht in unmittelbarem Verhältnis zu den innerhalb der Schweiz befindlichen Kirchen- und Religionsgesellschaften steht, und daß die Ordnung der Verhältnisse von Staat und Kirche primär den Kantonen zukommt [22]). „Die Einzelstaaten, aus welchen sich der Schweizerische Bundesstaat zusammensetzt, sind kirchlich in der verschiedenartigsten Weise ausgeprägt: teils rein katholisch, teils rein reformiert, nur zum geringeren Teile mit gemischt konfessioneller Bevölkerung. Angesichts dieser Verhältnisse empfahl es sich, in kirchenstaatsrechtlicher Beziehung eine über den konfessionellen Einflüssen

---

[20]) Perraud-Charmantier p. 294.
[21]) Protokoll der 2. Expertenkommission Bd. V S. 89.
[22]) Zorn u. Gareis S. 35.

der Kantone stehende Zentralgewalt zu schaffen und unter ihrem Schutze die Prinzipien des modernen Staates sicherzustellen.“ [23])

Es steht im Ermessen der Kantone, einzelne „Kirchen mit besonderen Privilegien auszustatten; der Bund dagegen kennt solche besondere Privilegien einzelner Kirchen nicht, für ihn sind alle Religionsgesellschaften in gleicher Weise privatrechtliche Vereine“ [24]).

Da also die Privilegierung einzelner Kirchen durch die Kantone erfolgen muß, ergibt sich daraus eine verschiedenartige Stellung der Konfessionen in den verschiedenen Kantonen; die gleiche Konfession kann in einem Kanton rechtlich die Stellung einer Landeskirche einnehmen (im Sinne einer Privilegierung durch die Staatsgesetzgebung), während sie nach dem öffentlichen Recht eines anderen Kantons als Freikirche, d. h. als Genossenschaft oder Verein, behandelt wird.

Sofern also der Bund die Geistlichen unter die Bestimmung über die Berufsgeheimnisverletzung stellt, muß der Begriff „Geistlicher“ möglichst extensiv interpretiert werden, nicht nur im Sinne „Geistlicher einer öffentlichen Religionsgesellschaft“, damit in allen Kantonen ein gleichmäßiger Schutz hergestellt wird.

4. Gehilfen.

Der Geheimnisschutz wäre unvollständig und unsicher, wenn nicht auch die Gehilfen darunter fallen würden. Es ist Sache der Doktrin und Praxis, diesen Begriff näher zu umschreiben, da Legaldefinitionen weder in den geltenden Strafgesetzbüchern noch im Entwurf zum Schweizerischen Strafgesetzbuch zu finden sind.

Der Gehilfe ist eine Person, die einer anderen Person bei ihrer Berufsausübung Hilfe leistet, d. h. sie durch ihre eigene Mitwirkung unterstützt. Es muß sich um Unterstützung bei der für die betreffende Berufsperson typischen Tätigkeit handeln und ihr einen Einblick in diese Tätigkeit gestatten; es fallen also auch darunter Spezialisten, die auf ein entsprechendes Ersuchen einer schweigepflichtigen Person ein Gutachten ausfertigen.

Es scheiden demnach alle Personen aus, die keinen Einblick erhalten, wie Empfangspersonal und Chauffeure.

Die Motive zum § 300 RStGB.[25]) führen über die Gehilfen folgendes aus: „Dieselben sind infolge ihrer, wenngleich nebensächlichen Mitwirkung häufig in gleichem Maße in die Geheimnisse der hilfesuchenden Personen eingeweiht, wie die Prinzipale, wie an-

[23]) Zorn u. Gareis S. 36.
[24]) Zorn u. Gareis S. 37.
[25]) Motive zum Reichsstrafgesetzbuch S. 140.

dererseits diese selbst nicht selten unbedingt auf die Unterstützung ihrer Gehilfen angewiesen sind und auf ihre Verschwiegenheit sich ebenso wie die Hilfesuchenden selbst verlassen müssen."

Das Moment der berufsmäßigen Hilfeleistung muß nicht notwendigerweise gegeben sein, auch die gelegentliche Hilfeleistung fällt darunter.

Streitig ist die Frage, ob auch Studenten zu den Gehilfen zu zählen sind. Kahl [26]) sagt darüber: „Der überwiegende Zweck des Lernens schließt die Eigenschaft des Gehilfen nicht aus. Die Ansicht dürfte richtig sein, daß Studenten, welche während der praktischen Ausbildung ihren Lehrern bei der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit unmittelbar Hilfe leisten, als Gehilfen zu bezeichnen sind."

Nach Stemberg [27]) trifft den „Studenten, der in der Klinik beschäftigt ist, die Schweigepflicht, denn hier entfaltet der Dozent bei den Demonstrationen ärztliche Funktionen und zieht zu Lehrzwecken den Studenten zu".

Stut [28]) dagegen ist der Ansicht, daß Studenten bei Krankendemonstrationen nicht als Gehilfen zu betrachten sind, weil sie in keiner Weise der schweigepflichtigen Berufsperson Hilfe leisten.

Schmalzl [29]) führt aus: „Hilfe leistet nur, wer durch eigene Mitwirkung, also durch eine Tätigkeit, den Ausübenden unterstützt. Keine Gehilfen sind die Studierenden, die in einem Kolleg vom Arzte Patienten vorgeführt bekommen, denn ihre Tätigkeit unterstützt nicht."

Diese Autoren sprechen hauptsächlich von Medizinstudenten. Da aber auch Studenten der Rechte in der gerichtlichen Medizin z. B. Gelegenheit haben, Geheimtatsachen wahrzunehmen, müßte die Geheimnispflicht logischerweise auch auf andere als nur Medizinstudenten ausgedehnt werden.

Nach dem Gesagten dürfte es angezeigt sein, Studierende in einem besonderen Absatz als geheimnispflichtige Personen zu bezeichnen, wie es der Entwurf zum Schweizerischen Strafgesetzbuch tut.

---

[26]) Kahl S. 361.
[27]) Stemberg S. 26.
[28]) Stut S. 8.
[29]) Schmalzl S. 24.

III. Kapitel.

Das geschützte Rechtsgut.

A. Das Geheimnis.

Weder die kantonalen Rechte noch der Entwurf zum Schweizerischen Strafgesetzbuch geben eine Legaldefinition des Geheimnisbegriffes. Um den juristischen Begriff „Geheimnis" abgrenzen zu können, müssen wir deshalb zunächst diejenigen Sachverhalte ausscheiden, die im Sprachgebrauch als Geheimnisse bezeichnet werden. Als Geheimnisse werden zunächst allgemein alle diejenigen Vorgänge bezeichnet, die wegen ihrer Unerklärlichkeit der menschlichen Erkenntnis unzugänglich sind. Wir sprechen von Naturgeheimnissen, von Geheimnissen der menschlichen Seelentätigkeit, z. B. der suggestiven Beeinflussung. Daneben sprechen wir von den Geheimnissen einer Person, d. h. von Ereignissen, Tatsachen, die nach dem mutmaßlichen Willen dieser Person Dritten unbekannt bleiben sollen. Hier schon zeigt sich der Doppelsinn: einerseits handelt es sich um Vorgänge, die für den gegenwärtigen Stand unserer Kenntnisse rätselhaft sind, die aber bei fortgeschrittenerem Wissen vielleicht erklärlich sein werden, während es sich andererseits um wichtige willensbesetzte Teile einer Gesamtpersönlichkeit handelt, die aus Interessenabwägung für Dritte als nicht vorhanden betrachtet werden sollen. Wenn man die Ansicht Kirchgeorgs [1]) teilt, daß dem Wort Geheimnis das Unbekanntsein zugrunde liegt, muß der Ausdruck Berufsgeheimnis in der Tat als widersprechend und unlogisch bezeichnet werden, weil das Unbekanntsein in diesem Falle durch Kenntnis der Berufsperson nicht mehr absolut ist.

Geheimnis als Teil einer Gesamtpersönlichkeit bildet die Grundlage des juristischen Begriffes.

Natürlich kann auch ein Naturgeheimnis Geheimnis im juristischen Sinne werden, sobald nämlich eine Entdeckung als Erfindung von der Rechtsordnung als immaterielles Rechtsgut geschützt wird.

Das Reichsgericht definiert in Bd. 26 S. 6 das Geheimnis als eine Tatsache, „deren Bekanntwerden nicht im Interesse der betreffenden Person liegt, vielmehr geeignet ist, deren Ehre, Ansehen oder Familienverhältnisse zu beeinträchtigen oder zu schädigen".

---

[1]) Kirchgeorg S. 11.

Eine Definition in Bd. 8 S. 62 der Reichsgerichtsentscheidungen lautet: „Privatgeheimnisse sind Geheimnisse, an deren Bewahrung Privatpersonen interessiert sind."

Der Ausdruck „Privat"-Geheimnis wird von Spinner [2]) mit Recht als Pleonasmus verworfen, weil dadurch die Tendenz einer restriktiven Interpretation des Geheimnisbegriffes erleichtert wird. Die kantonalen Rechte und der Entwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Art. 285, sprechen nur von „Geheimnis" und vermeiden auf diese Weise eine Verengerung des Geheimnisbegriffes.

Bildet ein privates oder ein öffentliches Interesse Schutzobjekt des Berufsgeheimnisschutzes? Als Vertreter der Auffassung, daß ein öffentliches Interesse Schutzobjekt bildet, seien besonders Jellinek und Liebmann genannt. Nach Liebmanns [3]) Ansicht ist das Motiv zum Aufsuchen eines Arztes zunächst ein egoistisches. Maßgebend ist der Gesundungswille des Individuums. Weil nun aber erkannt wurde, daß die Erkrankung des einzelnen für das Wohlbefinden der Gesellschaft wichtig sein kann — man denke an ansteckende Krankheiten — muß die Heilung des einzelnen im Interesse aller möglichst gefördert werden. Die Geheimhaltungspflicht stellt nun das Mittel dar, mit welchem die Wissenschaft den Kranken, den sie zum Vertrauen nicht zwingen kann, für ihr Vertrauen gewinnt.

Ähnlich Jellinek [4]): der Staat brauche zu seiner Existenz gesunde und leistungsfähige Menschen. Rückhaltloses Vertrauen in den Arzt sei Grundbedingung für erfolgreiche Behandlung in gewissen Fällen.

Gegen diese Auffassung ist folgendes einzuwenden: die Möglichkeit einer Geheimnisoffenbarung durch den Arzt z. B. ist in erster Linie für den Anvertrauenden peinlich. Er befindet sich in einer Zwangslage beim Aufsuchen des Arztes, die dadurch erleichtert werden soll, daß die Berufsperson ihm Sicherheit bietet für die Geheimhaltung des ihr Anvertrauten. Ferner ist daran zu erinnern, daß der Staat nur ausnahmsweise an der Geheimhaltung von Tatsachen interessiert ist, bei denen das Motiv der Volksgesundheit nicht mitspielt; man denke an Tatsachen, die Notaren und Rechtsanwälten mitgeteilt werden.

Weiter ist festzustellen, daß die Berufsgeheimnisverletzung nicht regelmäßig als Offizialdelikt behandelt wird. Von den schweizerischen Strafgesetzbüchern, die eine derartige Bestimmung enthalten, verlangen Bern, St. Gallen und Tessin die Stellung eines Strafantrages.

---

[2]) Spinner S. 518.
[3]) Liebmann S. 26.
[4]) Jellinek S. 673.

Für die vorliegende Arbeit ist die Kontroverse über die prozessuale und materielle Natur des Strafantrages ohne grundlegende Bedeutung. Wichtig sind vielmehr die gesetzgeberischen Motive, warum überhaupt in gewissen Fällen der Staat zur Ingangsetzung der Strafjustiz einen Antrag des Verletzten verlangt.

Die Zweckmäßigkeit des Antragsinstitutes ist nicht unbestritten. Binding [5]) z. B. nennt das Antragsrecht „ein ungesundes Institut, das vielen gesunden Scharfsinn weit edleren Aufgaben abtrünnig gemacht hat". Das einzige gesetzgeberische Motiv zur Aufstellung des Antragserfordernisses will Köhler [6]) darin erblicken, daß „der Staat, wo er es ohne Vorwiegen öffentlich-rechtlicher, unbedingte Bestrafung erfordernder Gründe tun kann, billigerweise demjenigen, der mitbetroffen und verletzt ist, auch ein Mitentschließungsrecht darüber einräumen will, ob gestraft werden soll oder nicht". Nach Cronewitz [7]) lassen sich folgende Rechtfertigungsgründe finden:

1. Rücksicht auf die bei dem fraglichen Delikt schwer zu ziehende Grenze zwischen bürgerlichem und strafbarem Unrecht.
2. Rücksicht auf staats- und völkerrechtliche Verhältnisse.
3. Rücksicht auf die vermutliche Unbeweisbarkeit der verbrecherischen Natur der fraglichen Handlungen.
4. Rücksicht auf die Regel „minima non curat praetor".
5. Schonende Rücksicht auf das Schamgefühl, die Ehre, den guten Ruf und die entgegenstehenden Familieninteressen des Verletzten und seiner Angehörigen.
6. Mangelndes Interesse des Staates gegenüber dem Interesse des unmittelbar Verletzten selbst.

Namentlich die unter 5. und 6. genannten Gründe finden sich häufig in der Literatur. So sieht auch Allfeld [8]) diesen sechsten Grund für ausschlaggebend und das Antragsinstitut in diesem Falle als berechtigt an.

Liszt [9]) nimmt eine Zweiteilung der Antragsdelikte vor. Zur ersten Gruppe rechnet er Handlungen, die erst dann für die Rechtsordnung von Bedeutung sind, wenn die in Frage kommende Person auch wirklich die Verletzung empfindet und dieser Verletzung durch Stellung des Antrages Ausdruck gibt. Die zweite Gruppe umfaßt diejenigen Delikte, bei denen das Interesse des Staates an der Verfolgung von Anfang an vorhanden ist, wobei

---

[5]) Binding, Hdb. I S. 603.
[6]) Köhler S. 7 ff.
[7]) Cronewitz S. 8; vgl. die dort angegebenen Autoren.
[8]) Allfeld, siehe Meyer-Allfeld, S. 270.
[9]) Liszt S. 196.

aber dieses Verfolgungsinteresse mit dem Interesse des Verletzten kollidiert. In der ersten Gruppe würde die Antragsstellung Bedingung der Strafbarkeit, in der zweiten dagegen Prozeßvoraussetzung sein. Gerade die Tatbestände der zweiten Gruppe bieten nun aber eine große Schwierigkeit, nämlich diejenige der Interessenabwägung. Der Fall ist sehr wohl denkbar, daß das Nichtverfolgungsinteresse des Verletzten das staatliche Verfolgungsinteresse überwiegt. Dem Verletzten kommt in diesem Falle die ausschlaggebende Interesseabwägung zu, die in Anbetracht einer durch die Handlung erzeugten Erregung oder infolge mangelnder Einsicht nicht immer objektiv ausfallen dürfte. Stalder [10]) schlägt deshalb vor, diese Interesseabwägung durch die Staatsanwaltschaft vornehmen zu lassen unter Anhörung des Verletzten, sobald sie von einem solchen Falle Kenntnis erhält. Die Einführung des Opportunitätsprinzipes in den Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches wurde ebenfalls von Gretener [11]) angeregt, welchem zufolge die Staatsanwaltschaft in Antragsfällen im öffentlichen Interesse Klage erheben könnte. Lammasch [12]) schlug die Beifügung des Zusatzes vor „wenn nicht das öffentliches Interesse ausnahmsweise Verfolgung von Amteswegen fordert". Diese an sich berechtigten Ergänzungsvorschläge dürften aber praktisch große Schwierigkeiten bieten; ohne besondere Verfahrensnormen wäre eine gerechte Regelung schwerlich denkbar. Das Opportunitätsprinzip fehlt im Entwurf von 1918, so daß der Verletzte allein über die Antragstellung entscheidet.

Bei einer Formulierung des Antragsrechtes ohne eventuelle Entscheidungsbefugnisse der Staatsbehörden muß das öffentliche oder private Interesse am geschützten Rechtsgut von großer Bedeutung sein zur Entscheidung der Frage, ob dasselbe als Offizial- oder als Antragsdelikt behandelt werden soll.

Wie schon oben ausgeführt, müßte das Überwiegen des öffentlichen Interesses den Offizialcharakter, des privaten dagegen den Antragscharakter einer strafbaren Handlung begründen. Auf die Berufsgeheimnisverletzung angewendet, ergibt sich folgendes: Wegen der nicht genau abgrenzbaren Natur des Schutzinteresses im vorliegenden Fall ist eine Entscheidung nicht leicht zu finden; Professor Stooß [13]) betonte in der Expertenverhandlung das mögliche Interesse des Staates an einer Bestrafung in den Fällen, in denen ein Antrag nicht gestellt wurde, und forderte deshalb den Offizialcharakter.

---

[10]) Stalder S. 43 ff.
[11]) Gretener, Verh. I S. 29.
[12]) Lammasch in Schweiz. Ztschr. für Strafrecht Bd. 8 S. 134.
[13]) Verhandlungen der 1. Expertenkommission Bd. 2 S. 12 ff.

Professor Thormann [14]) wies bei der Abgrenzung gegenüber prozessualen Vorschriften ausdrücklich darauf hin, daß die strafrechtliche Bestimmung über Berufsgeheimnisverletzung nur diejenigen Fälle betreffe, in denen der Staat an der Strafbarkeit ein Interesse habe.

Der Offizialcharakter dürfte im Hinblick auf das ärztliche Berufsgeheimnis zweckmäßiger sein, weil der Staat an der Schweigepflicht überwiegend interessiert ist, um den Gesundheitszustand möglichst zu fördern.

Es ist ferner zu untersuchen, ob das Schutzobjekt des Geheimnisschutzes gebildet wird durch das Interesse oder das Vertrauen in die Person des Geheimnispflichtigen, oder durch den Willen des Anvertrauenden, daß seine anvertraute Tatsache als Geheimnis behandelt werde. Es wurden deshalb drei Theorien aufgestellt, die in der Literatur als Interessen-, Vertrauens- oder Willenstheorie bezeichnet werden.

Der Hauptvertreter der Interessenstheorie ist Liszt [15]). Als Schutzobjekt bezeichnet er „das geschützte Interesse an der Wahrung des persönlichen und des Familienlebens vor unberufenem Eindringen; die freie Betätigung der Persönlichkeit wird gehemmt und gefährdet, wenn jedem Dritten der Einblick offensteht".

Wenn man aber mit Sauter [16]) das Interesse als objektiven Begriff betrachtet, kommt man zu dem Schluß, daß der Geheimnisbruch in manchen Fällen strafbar sein muß, obwohl im konkreten Fall ein subjektives Interesse des Betreffenden an der Geheimhaltung nicht vorliegt. Es läßt sich der Fall denken, daß eine bloße Laune relevant sein kann, weil sie vielleicht aus allzugroßen Hemmungen den Betreffenden abhält einen Arzt aufzusuchen. Auch in diesem Fall muß die Rechtsordnung dem Hilfesuchenden die Verschwiegenheitsversicherung geben, weil andernfalls der Arzt nicht konsultiert würde. Es geht deshalb nicht an, der geheimnispflichtigen Berufsperson die Beurteilung zu überlassen, ob ein Interesse ihres Klienten vorliegt oder nicht, da sonst ihre subjektive Ansicht maßgebend wäre. Unbefriedigend ist auch die Vertrauenstheorie, die als Schutzobjekt das Vertrauen in die Berufsperson bezeichnet. Hippe [17]) spricht von dem Interesse „in seinem Vertrauen nicht getäuscht zu werden". Hergeleitet wird diese Theorie vom Ausdruck „Anvertrauen" im Text des § 300 des

---

[14]) Protokoll der 2. Expertenkommission Bd. 4 S. 363 ff.
[15]) Liszt S. 390.
[16]) Sauter S. 34.
[17]) Hippe, Die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen nach § 300 RStGB, in GoltdArch. Bd. 46.

Reichsstrafgesetzbuches. Es müßte folglich in jedem Fall untersucht werden, ob die Berufsperson ihren Beruf ausüben konnte, weil der Rat- oder Hilfesuchende auf ihre Verschwiegenheit vertraute. Somit wäre immer der Kausalzusammenhang zwischen der Anvertrauenshandlung und dem Verhalten der Berufsperson verlangt.

Mit dem Krankenkassenbetrieb, wie er namentlich in Deutschland besteht, ist diese Theorie unhaltbar geworden. Sie konnte in Betracht gezogen werden, solange tatsächlich der einzelne den Arzt seines Vertrauens aussuchen konnte; sobald diese Wahlmöglichkeit eingeengt wird, kann nicht mehr in jedem Falle von einem Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten gesprochen werden.

Als heute in der Doktrin herrschend darf die modifizierte Willenstheorie betrachtet werden. Geschütztes Rechtsgut ist nach Birkmeyer [18]) „die Freiheit der Betätigung des Willens, etwas als Geheimnis zu bewahren". Nicht das Interesse, sagt Binding [19]), sondern der Wille der Geheimniswahrnehmung wird geschützt. Wenn wir bedenken, daß der Mensch sich sehr wohl bewußt ist, selber sein bester Geheimnisbewahrer zu sein, wird in den meisten Fällen eine gewisse Zwangslage vorliegen müssen, damit er die Hilfe eines Außenstehenden aufsucht. Er wird, sofern er dem Arzt oder Rechtsanwalt seine Geheimnisse mitteilt, das Bewußtsein aufgeben müssen, Alleinwisser zu sein; trotzdem hat er dadurch seinen Willen der Geheimniswahrung nicht aufgegeben. Diese Theorie wird von Sauter [20]) als die allein zutreffende bezeichnet. In der Regel wird es sich so verhalten, daß das Interesse für den Geheimhaltungswillen maßgebend ist. Der Wille ist jedoch der umfassendere Begriff, weil er Laune und Willkür einschließt. Es ist aber der Fall denkbar, daß das Geheimhaltungsinteresse vorliegt, der Geheimhaltungswille aber fehlt, man denke an schwere Bewußtseinsstörungen; das Gegenteil ist auch möglich: Vorliegen des Geheimhaltungswillens bei fehlendem Interesse. Wenn man zudem noch das Interesse wie Sauter definiert, als „objektiven, von Standesanschauungen zwar beeinflußten, von persönlichen Empfindungen und Gefühlen aber unabhängigen Begriff", wird eine Vermittlungstheorie wohl die einzig befriedigende sein. Frank [21]) kommt deshalb zu folgender Definition: „Privatgeheimnis ist eine wenigen Personen bekannte Tatsache, an welche sich das Interesse oder der Wille knüpft, daß sie überhaupt nicht oder doch nicht wei-

[18]) Birkmeyer S. 11 u. 168.
[19]) Binding S. 127.
[20]) Sauter S. 34 u. 38.
[21]) Frank S. 534.

teren Kreisen bekannt werde." v. Overbeck [22]) schließt sich ebenfalls dieser vermittelnden Ansicht an, denn „der am Geheimnis Interessierte kann willensunfähig sein, oder sich über das objektive Bestehen oder Nichtbestehen seines Interesses täuschen."

Abzulehnen ist wegen der Kompliziertheit und Schwierigkeit der Rechtsgutbestimmung die Ansicht von Givanovitsch [23]), der bezüglich der Rechtsgüter folgendes verlangt:

„Vom Standpunkte der auf der Natur der Rechtsgüter beruhenden Systematik ist es demnach nicht erlaubt, alle Arten von Berufsgeheimnissen in einen Abschnitt oder Paragraph zusammenzufassen. Es ist vielmehr nötig, für jede von ihnen das Rechtsgut zu bestimmen und sie demgemäß einzuordnen. Wenn man z. B. für das ärztliche Berufsgeheimnis die Gesundheit als Rechtsgut bezeichnete, muß die Verletzung dieses Geheimnisses mit den andern Verbrechen gegen die Gesundheit zusammengefaßt werden."

Das Verhältnis zwischen Geheimnisherrn und geheimnispflichtiger Berufsperson wird namentlich von Jellinek als Vertragsverhältnis aufgefaßt. Dieser Vertragstheorie ist nicht beizupflichten, weil sich in jedem Falle vertragsfähige Parteien gegenüberstehen müßten. Ein Geheimhaltungsvertrag bestände demnach nicht, sofern die anvertrauende Person z. B. minderjährig wäre. Die Verschwiegenheitspflicht ist deshalb als Teil der Berufspflicht aufzufassen, die einzuhalten ist ohne Abschluß eines Geheimhaltungsvertrages, so daß ein Minderjähriger, der von sich aus den Arzt aufsucht, Anspruch auf Geheimhaltung gegenüber seinen Eltern hat.

Es ergibt sich aus dem Zweck des Berufsgeheimnisschutzes, daß der Tod des Geheimnisherrn die schweigepflichtige Berufsperson nicht von ihrer Pflicht entbindet, vielmehr muß der Schluß gezogen werden, daß die Schweigepflicht bei Lebzeiten der Berufsperson nicht aufhört [24]). Um das Berufsgeheimnis noch über den Tod hinaus zu schützen, ist Sorge zu tragen, daß allfällige Aufzeichnungen nach dem Ableben nicht in die Hände Unberufener fallen. Um dieses zu verhindern, wurde der Ärztegesellschaft von Genf [25]) vor einigen Jahren vorgeschlagen, eine Kartothek mit den Aufzeichnungen verstorbener Kollegen anzulegen. Diese Aufzeichnungen sollten nur Ärzten zugänglich gemacht werden, die nachweisen konnten, daß sie von Patienten verstorbener Ärzte konsultiert worden waren. Dieser Vorschlag wurde nur deshalb nicht ausgeführt, weil die nötigen finanziellen Mittel fehlten.

[22]) v. Overbeck S. 3 a.

[23]) Givanovitsch S. 316.

[24]) Liszt S. 420; vgl. auch ein Urteil des bern. Obergerichts vom 3. Febr. 1909 und der dort zit. Entscheid in Monatsblatt f. bern. Rechtspr. Bd. XII S. 288. Das bern. Obergericht stellt fest, daß der Tod des Geheimnisherrn die Berufsperson nicht von der Geheimnispflicht entbindet.

[25]) Maillart, Schweiz. Ärztezeitung f. Standesfragen 1931 S. 634.

Kann aber nach dem Tode des Geheimnisherrn der Arzt zum Beispiel von seiner Schweigepflicht entbunden werden? Wichtig wird die Frage bei Erbschaftsprozessen, wenn die Testierfähigkeit des Erblassers bestritten wird. Nach einem Entscheid [28]) des deutschen Kammergerichtes darf der Arzt in einem solchen Falle das Zeugnis nicht verweigern, weil die Vorschriften über die Nichtigkeit von Testamenten bei Verfügungsunfähigkeit nicht immer zugunsten Dritter, sondern vor allem zugunsten des Erblassers gegegeben seien.

Wie lange kann noch von einem Geheimnis gesprochen werden, sofern Mitwisser vorhanden sind? Die geheimzuhaltende Tatsache hat ihren Geheimnischarakter verloren, sobald sie offenkundig ist, d. h. sobald sie allgemein bekannt oder allgemein wahrnehmbar ist. Zur Abgrenzung des Geheimnisbegriffes von einer offenkundigen Tatsache dient folgende Überlegung. Bei beständig zunehmender Ausdehnung des Geheimnismitwisserkreises wird einmal derjenige Grad erreicht, bei welchem sämtliche Mitglieder einer bestimmten Menschengruppe, die für die Kenntnis des betreffenden Geheimnisses in Frage kommen, dasselbe kennen. Der Geheimnisherr kann also eine unbeschränkte Zahl von Personen zu Geheimnismitwissern machen, sofern zugleich mit der Anvertrauung die Geheimhaltungspflicht auferlegt wird [27]). Offenkundig ist demnach eine Tatsache, sofern für die Mitglieder einer bestimmten Menschengruppe die Möglichkeit besteht, ohne besondere Schwierigkeiten und ohne besondere Anvertrauung von dieser Tatsache Kenntnis zu erhalten — sobald also die Weitergabe erfolgt ohne gleichzeitige Geheimhaltungsauflage. Die Offenkundigkeit ist deshalb eine relative, weil sie sich immer auf eine bestimmte Menschengruppe bezieht; die größere oder kleinere Zahl der Geheimnismitwisser, ihre individuellen Beziehungen, endlich auch der kleinere oder größere Umfang ihrer Kenntnis, kurz gesagt, die Verumständungen des Einzelfalles sind maßgebend bei der Beurteilung der Frage, ob ein Geheimnis noch vorliegt oder nicht [28]). Finger [29]) führt aus, daß eine offenkundige Tatsache nachträglich wieder zum Geheimnis werden kann, wenn der Kreis der Mitwisser zusammenschrumpft, und wenn die letzteren ein Interesse an der Nichterweiterung dieses Kreises, also den Geheimhaltungswillen haben. Maßgebend für die Beurteilung des Geheimnischarakters ist deshalb immer der Zeitpunkt des Anvertrauens.

---

[26]) Deutsche Juristenzeitung 1915 S. 1135, zit. von Egli in Schweiz. Ärztezeitung f. Standesfragen 1931 S. 652.
[27]) Jellinek S. 658.
[28]) Schmalzl S. 31.
[29]) Finger S. 297.

B. Die Anvertrauungshandlung.

Der Geheimnisherr ist es, der das Geheimnis durch sein Schweigegebot schafft und durch die Erlaubnis der Offenbarung vernichtet; er ist außerdem durch das Gesetz dazu berufen, den Treulosen durch Stellung des Strafantrages zur Rechenschaft zu ziehen; denn einzig und allein der Geheimnisherr soll durch die Schweigepflicht in der Freiheit der Willensbetätigung geschützt werden, nur ihm ist die Berufsperson zu Treue verbunden [30]).

Unhaltbar ist die Auffassung, daß nur dasjenige als anvertraut gelten soll, was mit einer ausdrücklichen diesbezüglichen Willenserklärung anvertraut wurde. Man wird deshalb Rubo [31]) nicht zustimmen dürfen, der sagt: „Anvertraut ist ein Geheimnis jemandem dann, wenn es demselben in der Erwartung mitgeteilt wurde, daß er es anderen nicht bekannt machen würde."

Nach Stooß [32]) liegt ein Berufsgeheimnis stets dann vor, „wenn eine Berufsperson mit Rücksicht auf die Ausübung ihres Berufes eine Mitteilung entgegennimmt, von der sie der Natur der Sache nach nur insoweit Gebrauch machen darf, als der berufliche Zweck es erfordert. Es wird nicht vorausgesetzt, daß der Berufsperson die Geheimhaltung der Mitteilung zur Pflicht gemacht wird, denn diese Pflicht ergibt sich aus dem Inhalt der Mitteilung und aus den Umständen, unter denen sie gemacht worden ist".

Das Reichsgericht [33]) führt über den Begriff „Anvertrauen" folgendes aus:

„Die Mitteilung oder Zugänglichkeit aber ... braucht nicht auf einer Darlegung der Krankheit oder der sonstigen ... Tatsachen oder Verhältnisse zu bestehen, die ohnehin so beschaffen sein können, daß sie erst der Arzt selbst durch seine eigenen Beobachtungen vermöge der ihm beiwohnenden Sachkunde wahrzunehmen vermag. Vielmehr genügt es, daß der Arzt als solcher zugezogen ist; damit ist ihm als Arzt auch dasjenige mitgeteilt oder seiner Kenntnisnahme zugänglich gemacht worden, was er demnächst in Ausübung seines Berufes in Erfahrung bringt, und soweit dies für ein Geheimnis erachtet werden muß, hat es ihm der Zuziehende im Sinne des Paragraphen anvertraut."

Die Anvertrauungshandlung kann somit eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein. Wenn man auch hier an der weitgehendsten Fassung des Geheimnisschutzes festhält, ist eine besondere Anvertrauungshandlung überhaupt überflüssig. Die Tatsache der Inanspruchnahme einer schweigepflichtigen Berufs-

---

[30]) Sauter S. 118.

[31]) Rubo, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1879.

[32]) Stooß S. 175.

[33]) Reichsgerichtsentscheid in Bd. 13 S. 62.

person genügt, um deren Schweigepflicht zu begründen. Geheimnisherr kann demnach jede Person sein, sei dieselbe handlungsfähig, minderjährig, geisteskrank oder in bewußtlosem Zustand. Sämtliche Wahrnehmungen, welche die Berufsperson, gestützt auf ihre besondere Fachbildung, bei der Berufsausübung macht, sind als Berufsgeheimnisse zu bezeichnen. Mitanvertraut sind aber auch alle Wahrnehmungen, die während der Berufsausübung gemacht wurden und z. B. das Milieu des Geheimnisherrn betreffen. In der französischen Doktrin hat sich Hémar [34]) zu der Frage geäußert:

„Dans quelles conditions le médecin deviendra-t-il dépositaire d'un secret inviolable? Question grave et délicate. Ce ne serait pas, suivant nous, étendre les termes essentiellement restrictifs de la loi pénale, que de comprendre dans cette confidence non-seulement les aveux et les déclarations du malade ou des personnes qui l'entourent, mais aussi toutes les constatations médicales qui, même à l'insu de ce malade, sont la conséquence le l'appel fait à la science."

Garraud [35]) äußert sich in gleichem Sinne:

„Il n'y a pas plusieurs espèces de secrets professionels et tout fait qui est parvenu à la connaissance d'un médecin à l'occasion de ses fonctions a le même caractère au point de vue de l'obligation qui s'impose à lui de ne pas le divulguer."

Der Wille des Anvertrauenden und sein begründetes Interesse an der Geheimhaltung einer Tatsache macht diese, wenn das Anvertrauen innerhalb der Berufstätigkeit erfolgt, zum Berufsgeheimnis.

Die Geheimhaltungspflicht ist aber für die in § 300 RStGB bezeichneten Personen eine gesetzliche, die unabhängig vom Willen des Geheimnisträgers mit dem Anvertrauen entsteht und kraft Gesetzes zur Berufspflicht erklärt wird. Damit erübrigt sich beim ärztlichen Berufsgeheimnis die Bezeichnung gewisser Krankheitskategorien als anerkannte Geheimnisse, wie sie vom Reichsgericht ausdrücklich für die Geschlechtskrankheiten vorgenommen wurde [36]) (Reichsgerichtsentscheid vom 19. Jan. 1903 Bd. 53 S. 315: „Die Feststellung einer Geschlechtskrankheit begründet ein Berufsgeheimnis"). Spinner [37]) bezeichnet die gesamte Sexualsphäre als einen Komplex von Geheimtatsachen. Als Geheimtatsachen a priori gelten nach diesem Autor ebenfalls psychische Erkrankungen, die eine Internierung nicht nötig machen; ebenfalls infektiöse Prozesse, z. B. Tuberkulose bei Dienstboten, deren Bekanntsein die Anstellungsmöglichkeit sehr herabsetzt. — Wesent-

[34]) Hémar, zit. von Jaquet, Korrespondenzblatt f. Schweizerärzte 1910, S. 263.
[35]) Garraud, Tome V No. 54.
[36]) Olshausen Anm. 3 a, siehe Kommentar z. Strafgesetzbuch 1927.
[37]) Spinner S. 514.

lich ist aber der Umstand, daß die betreffende ausdrückliche oder stillschweigende Anvertrauungshandlung während der Berufsausübung stattfand. § 300 RStGB sagt ausdrücklich: „kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut". Es muß ein Kausalzusammenhang bestehen zwischen Berufstätigkeit und anvertrautem Privatgeheimnis. Nicht unter die Schweigepflicht fallen demnach alle Tatsachen, die den in Frage kommenden Berufspersonen als Privatpersonen bekannt wurden. Der Geheimhaltungspflicht unterliegen nur solche Tatsachen, die mit dem Beruf der betreffenden schweigepflichtigen Person konnex sind. Mitteilungen, die z. B. dem Arzt vom Patienten aus anderen als medizinischen Gebieten gemacht werden, die mit der Behandlung nicht im Zusammenhang stehen, unterliegen folglich nicht der Schweigepflicht.

Gerade die Psychotherapie wird in dieser Beziehung Schwierigkeiten bieten, weil hier Mitteilungen des Patienten auch aus nichtmedizinischen Gebieten für die erfolgreiche Behandlung von großer Tragweite sind. Der Psychoanalytiker z. B. muß sich dermaßen mit der ganzen Persönlichkeit befassen, sämtliche in Betracht fallende krankheitsverursachende Momente erforschen, daß er im Laufe der Analyse fast sämtliche Geheimnisse seines Patienten kennenlernen wird. Er wird das restlose erforderliche Vertrauen nur gewinnen, wenn der Patient weiß, daß er der Schweigepflicht unterliegt für alles, was im Laufe der Analyse zu seiner Kenntnis gelangte. — Wo die Grenze gezogen werden soll zwischen solchen Geheimnissen, die dem Arzt nur gesprächsweise z. B. über Lebensweise und Familienverhältnisse mitgeteilt wurden und solchen, die für die Behandlung wesentlich sind, dürfte bei dem heutigen Entwicklungsstande der Medizin, der die seelische Komponente bei Erkrankungen wieder als viel wesentlicher betrachtet, erheblich erschwert sein. Eine abstrakte Lösung dieser Frage ist unmöglich; man wird auf die Verumständungen des Einzelfalles abstellen müssen, wobei der Mitteilungszweck wegleitend sein muß.

Nach den vorgehenden Erörterungen ergibt es sich, daß als Geheimnisherr nur derjenige in Frage kommt, dessen Geheimnis der Berufsperson anvertraut wurde.

Jellinek [38]) führt folgenden Fall an: Um den tuberkuloseverdächtigen und nervösen Freund A zu retten, und um ohne ihn aufzuregen, geeignete Maßregeln treffen zu können, beauftragt B einen Arzt, das Sputum von A zu untersuchen. Nun soll der Arzt die Wahrheit und sogar die Tatsache der Sputumuntersuchung A gegenüber unter Androhung des Geheimnisbruches verbergen

[38]) Jellinek, zit. v. Humbert, S. 9.

müssen, dagegen B als Anvertrauender das Verfügungs- und im Falle der Übertretung das Antragsrecht auf gerichtliche Verfolgung behalten können.

Geheimnisherr bleibt der Anvertrauende; die veranlassende Person hat nur die Funktion des Geheimnismitwissers. Spinner [39]) betont deshalb, der Mitanvertrauende habe kein Recht auf Offenbarung der Geheimnisse des Anvertrauenden, wenn dieser auf Wahrung der Geheimhaltung bestehe. Wir teilen ebenfalls die Ansicht Spinners, daß der Arzt die Untersuchung oder Mitteilung des Befundes ablehnen muß, sofern eine Untersuchung von einer Drittperson, z. B. vom Dienstherrn, verlangt wird. Der Ansicht Giesker [40]) können wir nicht beipflichten, wonach

„der Arzt, der den Sohn behandelt und dem Sohne gegenüber zur Wahrung des ärztlichen Geheimnisses verpflichtet ist, dem Vater auf dessen Ersuchen hin Mitteilung zu machen hat, ganz gleichgültig, ob der minderjährige Sohn den Arzt auf das Geheiß des Vaters oder auf eigenen Antrieb hin aufsuchte. Der Arzt hat aber abzuwarten, ob der Vater sein Kontrollrecht geltend machen wolle; er darf nicht spontan Anzeige erstatten; das wäre ein Bruch der ärztlichen Schweigepflicht. ... Für den Geheimniswahrer des Sohnes hat das väterliche Kontrollrecht die Bedeutung, daß Preisgabe des Geheimnisses an den Vater, der Einsicht verlangt, keine widerrechtliche Handlung darstellt. ... So hat der Arzt, der Rechtsanwalt dem Gatten seiner Patientin bzw. Klientin auf Ersuchen Auskunft zu geben."

Die Stellung der schweizerischen Gerichte zum Begriffe des Anvertrauens mögen die beiden folgenden Entscheide [41]) kennzeichnen. In einem Entscheide vom 8. Mai 1919 führt der Bernische Appellationshof folgendes aus:

„Il doit donc s'agir de secrets. La connaissance d'un fait dans l'exercice d'une profession ne suffit pas; il faut qu'on soit en présence d'un secret confié. Cela ne veut cependant pas dire que la chose doit avoir été confiée expressément sous le sceau du secret et d'autre part que si quelque chose a été confiée sous le sceau du secret les conditions d'application de la loi soient données sans autre. Mais il doit plutôt s'agir de la communication de certains faits qui de par leur nature, doivent être tenus secrets."

Erwähnenswert ist ebenfalls ein eingehend motivierter Beschwerdeentscheid des Luzernischen Obergerichts vom 2. April 1919. In einem Scheidungsprozeß schützte das Amtsgericht ein Editionsbegehren, weil es geltend machte, daß nicht allgemein die Wahrnehmungen, die von Ärzten bei der Ausübung ihres Berufes gemacht werden, als Berufsgeheimnisse geschützt seien, sondern nur solche, die dem Arzte anvertraut wurden; diese Anvertrauung bestehe nicht bei zwangsweiser Verbringung in ärztliche Pflege. Das Obergericht bezeichnete diese Auslegung des Begriffes „An-

[39]) Spinner S. 520.
[40]) Giesker S. 60 u. 66.
[41]) Zit. von Egli, Schweizerische Ärztezeitung f. Standesfragen 1931 S. 647.

vertrauen“ als zu eng; es gehe nicht an, die Freiwilligkeit als wesentliches Begriffsmerkmal des Anvertrauens aufzustellen. Die Praxis habe sich wiederholt dahin ausgesprochen, daß „unter dem Anvertrauen gegenüber einer Person, die der beruflichen oder amtlichen Schweigepflicht unterworfen ist, einfach alle Mitteilungen und Wahrnehmungen zu verstehen sind, die jener Person zufolge ihrer besonderen Stellung zuteil wurden“.

IV. Kapitel.

Absoluter und relativer Berufsgeheimnisschutz.

Die Formulierungsmöglichkeiten[1]) des Berufsgeheimnisschutzes sind folgende:

1. Absolutes Geheimnis — Strikte Schweigepflicht.
2. Relatives Geheimnis — Bedingte Schweigepflicht.
   (Schweigepflicht besteht, sofern nicht durch den Anvertrauenden aufgehoben.)
3. Relatives Geheimnis — Schweigerecht.
   (Eine absolute Pflicht zu schweigen besteht nicht, wohl aber hat die Berufsperson das Recht, sich so zu verhalten.)
4. Relatives Geheimnis — Bedingtes Schweigerecht.
   (Ein Recht zu schweigen besteht, sofern nicht durch das Recht eine Redepflicht statuiert wird.)
5. Kein Berufsgeheimnis — Absolute Redepflicht.

Die Ziffern 1—4 behandeln wir bei der Besprechung des französischen und deutschen Rechtes, wobei die prozessualen Fragen nur gestreift werden, weil sie nicht zum eigentlichen Thema gehören; die Ziffer 5 bedarf keiner weiteren Erläuterung.

A. Absoluter Geheimnisschutz.

Ein absoluter Geheimnisschutz liegt vor, sofern die Berufsperson in jedem Falle zu schweigen verpflichtet ist; eine Einwilligung des Geheimnisherrn zum Sprechen ist rechtlich nicht erheblich.

Als klassisches Land des absoluten Berufsgeheimnisschutzes gilt Frankreich, dessen Art. 378 wir im folgenden näher untersuchen wegen seines Einflusses oder direkter Übernahme in kantonale Rechte:

„Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par

[1]) Spinner S. 451/52.

état ou profession, de secrets qu'on leur confie, qui auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs."

Zunächst ist festzustellen, daß das französische Recht die Berufsgeheimnisverletzung als Offizialdelikt behandelt (in den Kantonen Freiburg, Genf, Luzern, Neuenburg und Wallis ebenfalls Offizialdelikt).

Objekt des Deliktes bildet die Offenbarung von Geheimnissen, deren Begriff nach Doktrin und Praxis sehr weit gefaßt wird. Als anvertraut gilt alles, was die Berufsperson während ihrer Berufsausübung wahrnimmt.

Als straflose Offenbarung galt bis 1832 nur „le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs". Am 28. September 1832 wurden die Gesetze, welche zur Anzeige zwangen, aufgehoben. Bis zu diesem Zeitpunkt schrieb Art. 30 Code instr. crim. vor, daß jede Person Anzeige machen mußte, sofern sie Zeuge eines Attentates gewesen war, das gegen die öffentliche Sicherheit oder gegen Leben und Eigentum einer Person begangen wurde. Außerdem verpflichtete der Code pénal in den Art. 103—107 jeden zur Anzeige, der von beabsichtigten Verbrechen gegen die Staatssicherheit wußte.

Seit 1885 ist die Absicht zu schaden nicht mehr Tatbestandsmerkmal. In einem Entscheid vom 18. Dezember 1885 wurde ein Arzt namens Wattelet [2]) verurteilt, weil derselbe in der wohlmeinenden Absicht, ehrenrührige Gerüchte zu zerstreuen, welche über ihn und einen früher von ihm behandelten, inzwischen verstorbenen Freund ausgebreitet worden waren, einer Zeitung Mitteilungen über die Krankheit des Verstorbenen gemacht hatte. Auch in diesem Punkt ist die Gerichtspraxis nicht konstant, weil z. B. Charcot und Brouardel in der Gazette médicale über den Fall Gambetta schrieben, ohne strafrechtlich verfolgt zu werden.

Von verschiedenen französischen Autoren (Hay [3]) und Perraud-Charmantier [4])) wird das Verhältnis Berufsperson—Geheimnisherr vertragsähnlich aufgefaßt. Nach Perraud-Charmantier besteht das Geheimnis nicht nur im Interesse desjenigen, der anvertraut, sondern auch im Interesse der Berufsperson. Wenn deshalb beide Parteien einverstanden sind, bietet z. B. die Ausstellung eines ärztlichen Zeugnisses keine Schwierigkeiten mehr; das Geheimnis hat keinen Grund mehr weiter zu bestehen, es ist aufgehoben.

Daß die Auffassung der absoluten Natur des Geheimnisschutzes auch in Frankreich keineswegs unbestritten ist, zeigt ge-

[2]) Brouardel p. 19; vgl. auch Jaquet, Korrespondenzblatt f. Schweizerärzte 1910 S. 264.
[3]) Hay p. 160.
[4]) Perraud-Charmantier p. 197.

rade dieser Autor: „Délié de l'obligation au secret par son client, il peut parler ou se taire.“ [5])

Gegen das absolute Zeugnisverweigerungsrecht spricht sich ebenfalls Faustin-Helie [6]) aus:

„L'obligation de déposer s'étend à toute personne: ce sont les termes de la loi. Il ne pourrait y avoir de privilège; car ce n'est pas la loi, c'est le fait qui crée les témoins; formuler des dispenses, ce serait déclarer que, dans certains cas, les crimes ne seront pas punis ou seront punis sans preuves. La justice ne peut se voiler pour le rang ou la dignité d'un témoin. Toutes les preuves appartiennent aux juges, dans quelques mains qu'elles se trouvent; un interêt général, supérieur à tous les intérets individuels, les soumet, quels qu'ils soient,au joug de la même règle.“

In der „Théorie du Code pénal“ [7]) steht dagegen:

„Le consentement donné à la divulgation par la personne qui a confié le secret ne saurait délier le dispositaire du devoir imposé à sa profession; il peut donc et il doit s'abstenir de déposer des faits dont il a reçu la confidence dans l'exercice de ses fonctions. L'obligation prescrite par l'article 378 a été établie dans un interêt général, sa violation ne blesse pas seulement la personne qui a confié le secret, elle blesse la société entière, parce qu'elle enlève à des professions, sur lesquelles cette société s'appuie, la confiance qui doit les environner. Le délit peut donc exister indépendamment de l'adhésion de la partie lésée à sa perpétration.“

Die gleiche Ansicht wird geteilt von Garraud [8]), der es ebenfalls kaum zulässig findet, daß die Offenbarungserlaubnis das im Gesellschaftsinteresse aufgestellte Berufsgeheimnis aufheben könne.

Nach Verwaest [9]) ist der Tatbestand des Geheimnisbruches nicht vorhanden, wenn der Geheimnisherr seine Offenbarungseinwilligung gibt. Er geht ebenfalls von einer vertragsähnlichen Auffassung des Verhältnisses Berufsperson—Geheimnisherr aus; der Geheimnisherr kann diese Vertragsklausel seinem Willen gemäß aufheben, wodurch der Arzt volle Freiheit zum Sprechen erhält und keinewegs strafbar werden kann, sofern er von diesem Recht Gebrauch macht.

Als herrschend in der Doktrin muß noch immer die Ansicht von Garraud und den erwähnten Kommentatoren des Code pénal bezeichnet werden, allerdings nicht mehr so unbestritten wie um die Jahrhundertwende. Der Grund dieser konservativen Haltung der Doktrin ist darin zu suchen, daß die Gerichtspraxis nicht vollständig abgeklärt ist, wie aus später zitierten Entscheiden ersicht-

---

[5]) Perraud-Charmantier p. 227.
[6]) Faustin-Helie, zit. v. Morizot-Thibault in Perraud-Charmantier p. 13.
[7]) Chauveau Adolphe et Faustin-Helie, Théorie du Code pénal, Tome VI p. 537.
[8]) Garraud, Tome V p. 57.
[9]) Verwaest, Le secret professionnel, Paris 1892.

lich sein wird; es sollen dadurch unerwartete Urteile vermieden werden.

Maßgebend für die Frage der Schweigepflichtentbindung durch den Geheimnisherrn ist in Frankreich noch immer, was Brouardel [10]) darüber sagte: man verrate den Kranken, sofern man alles mitteile und dadurch Geheimnisse preisgebe, von denen er einem selbst nicht vollständig entbinden könne, weil er sich nicht restlos im klaren darüber sei. Brouardel ging von der Überzeugung aus, daß der Arzt in gewissen Fällen nicht die volle Wahrheit sagen könne, weil der Patient möglicherweise keine Ahnung habe von dem, was der Arzt aussagen würde, sofern er volle Sprecherlaubnis erhalten hätte. Der gleichen Ansicht sind auch Salomé und Hallays [11]). Der erstere sagt: „Le consentement de l'intéressé ne fait pas diparaître l'obligation au secret." Hallays führt aus:

„Le confident doit se taire, même relevé du secret par qui le lui a confié. Car il s'agit avant tout d'un intérêt d'ordre public comme l'ont constaté les arrêts sans aller jusqu'aux dernières conséquances de leur théorie. Ce n'est pas l'intervention d'un simple particulier, quel qu'il soit, qui peut faire ici oublier l'interêt social. Encore une fois, cette loi est écrite pour inspirer la confiance en certaines fonctions; qui diminue cette confiance du public viole la loi."

Es liegt allerdings ein Entscheid des Pariser Appellationshofes vom 8. März 1887 vor, der mit dieser Ansicht nicht übereinstimmt: sofern der Rechtsanwalt durch seinen Klienten des Berufsgeheimnisses enthoben wird, kann er über Tatsachen aussagen, die er als Anwalt kennenlernte; aber er selbst hat darüber zu entscheiden, ob und wieweit er aussagen will. Nach Genequands [12]) Ansicht kann dieser Entscheid auch für Medizinalpersonen angewendet werden. Wegen des prinzipiellen Unterschiedes, der zwischen dem Wissen des Arztes und dem des Anwaltes besteht, scheint dieser Analogieschluß nicht ganz gerechtfertigt; wie oben ausgeführt, wird der Geheimnisherr bei Erteilung des Offenbarungsrechtes kaum im unklaren sein über die Aussage seines Anwaltes. Der Anwalt wird schwerlich in die Lage kommen, seinem Klienten nicht die volle Wahrheit sagen zu können in bezug auf die juristische Sachlage des ihm mitgeteilten Tatbestandes. Bei Aufhebung der Schweigepflicht ist sich also der Mandant seiner Handlung meistens voll bewußt.

Sofern nun aber zwischen dem Wissen des Arztes und der subjektiven Meinung des Patienten über seinen Zustand ein Unterschied besteht, könnte der Arzt durch sein kluges Vorgehen in den

---

[10]) Brouardel p. 83.

[11]) Salomé und Hallays, zit. von Jaquet, Korrespondenzblatt f. Schweizerärzte S. 265.

[12]) Genequand p. 33.

meisten Fällen den Patienten zuerst über die wirkliche Art und Tragweite seiner Erkrankung aufklären; bei Erteilung des Offenbarungsrechtes würde der Patient vollständig im klaren sein über die Tragweite seiner Handlung. Nur in diesem Falle dürfte m. E. der oben zitierte Entscheid analog auf Medizinalpersonen angewendet werden. Keine Pflicht zur Aussage trotz Offenbarungsrechtes würde deshalb bestehen in einem Falle, wie er z. B. von Jaquet [13]) zitiert wird: er wurde in einem Ehescheidungsprozeß von beiden Parteien als Zeuge angerufen. Er beharrte auf seinem Zeugnisverweigerungsrecht, obgleich er von der Schweigepflicht entbunden worden war, weil er sonst die Beklagte, eine hochgradig hysterische, sexuell krankhaft veranlagte Frau bloßgestellt hätte; er begründete sein Verhalten damit, daß sie ihn gewiß nicht als Zeugen angerufen hätte, sofern sie imstande gewesen wäre, sich über seine Beurteilung ihres Zustandes Rechenschaft zu geben.

Nach Perraud-Charmantier [14]) bestehen somit drei Verhaltungsmöglichkeiten.

1. Vor Gericht geladen muß die schweigepflichtige Berufsperson in jedem Falle aussagen. Andernfalls würde z. B. folgender Fall [15]) eine ungerechte Lösung finden, sofern der Zufall nicht mitgespielt hätte. Ein Erbe ist des Giftmordes angeklagt, weil man bei der Sektion des Erblassers Arsenikspuren feststellte. Er fordert den Arzt auf, auszusagen, er habe seinem früheren Patienten arsenhaltige Mittel verschrieben. Der Arzt stützt sich vor Gericht auf das absolute Berufsgeheimnis und verweigert deshalb die Aussage; nur ein zufällig im Nachlaß gefundenes Rezept erbringt den Entlastungsbeweis für den angeschuldigten Erben.

2. Ganz entgegengesetzt dazu steht die Auffassung, daß die Berufsperson in keinem Falle aussagen darf.

3. Das Verhalten vor Gericht richtet sich nach dem Ermessen der Berufsperson.

Perraud-Charmantier [16]) entscheidet sich für diese dritte relative Lösung, bei der das Gewissen der Berufsperson wegleitend sein soll:

„En somme, en matière de témoignage, le médecin, comme l'avocat, l'avoué, le notaire, n'a d'autre guide à suivre que sa conscience. Délié de l'obligation au secret par son client, il peut parler ou se taire. Ce n'est pas une faculté pour lui de choisir l'une ou l'autre de ces deux solutions, car la conscience est une force obligatoire. Même délié du secret, il n'est pas forcé de parler. S'il parle, sans autorisation, son témoignage n'en doit pas moins

[13]) Jaquet p. 265.
[14]) Perraud p. 211 ff.
[15]) Perraud-Charmantier p. 12.
[16]) Perraud-Charmantier p. 216.

sortir son plein effet, sans préjudice de l'action civile du déposant du secret violé."

Die Gerichtsurteile in dieser prinzipiellen Frage sind so widersprechend, daß dieser Autor von einem „chaos des décisions contradictoires" [17]) spricht. Beispielsweise seien folgende Entscheide erwähnt:

Nach einem Urteil des Tribunal de la Seine vom 21. April 1870 kann ein Arzt, der mit Einwilligung des Anvertrauenden das Berufsgeheimnis verletzt, nicht strafrechtlich verfolgt werden. In einem Entscheid von Aix vom 19. März 1902 wird ein Arzt, der vor Gericht nach Aufforderung des Geheimnisherrn das Geheimnis verletzt, nach Art. 378 bestraft.

B. Relativer Geheimnisschutz.

Das deutsche Recht steht auf dem Standpunkt, daß das Berufsgeheimnis als Rechtsgut der privaten Geheimsphäre geschützt werden muß [18]). Dagegen müssen Durchbrechungen dieses Schutzes im öffentlichen Interesse weitgehend möglich sein: Anzeigepflichten wegen ansteckender Krankheiten usw. Eine eingehendere Untersuchung der Regelung des Geheimnisbruches im deutschen Reichsstrafgesetzbuch ist deshalb erforderlich, weil der Entwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch den Begriff des „höheren Interesses" gebraucht, also ebenfalls eine rechtlich sanktionierte Offenbarung ohne Einwilligung des Geheimnisherrn kennt. § 300 Reichsstrafgesetzbuch lautet:

„Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehilfen dieser Personen, werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft. Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein."

Nach Jellinek [19]) soll Fahrlässigkeit zur Begehung dieses Deliktes genügen, weil er an den Fall denkt, daß eine Geheimnisverletzung begangen wird „in der frivolen Meinung, der Zustimmung des Berechtigten gewiß zu sein". Nach der herrschenden Meinung der Doktrin jedoch ist eine fahrlässige Begehung nur strafbar, wenn sie ausdrücklich unter Strafe gestellt ist, was bei § 300 nicht der Fall ist. Das Motiv der Handlung ist irrelevant [20]).

Außerhalb des Anwendungsgebietes der allgemeinen Unrechtsausschließungsgründe gibt es eine Reihe von Fällen, in denen das

---

[17]) Perraud-Charmantier p. 223.
[18]) Spinner S. 438.
[19]) Jellinek S. 691.
[20]) Rennefahrt S. 62.

Festhalten an der Geheimhaltungspflicht des § 300 eine schwere Unbilligkeit bedeuten würde; man denke z. B. an den oft zitierten Fall des geschlechtskranken Bräutigams und das Verhalten des behandelnden Arztes gegenüber der Braut oder an das Verhalten des Arztes gegenüber einer Amme, die einen syphilitischen Säugling annehmen soll.

Die allgemeine Frage, die hier zu erörtern ist, lautet: Ist das Wort „unbefugt" imstande, eine dem Rechtsempfinden entsprechende Abgrenzung zwischen erlaubter und strafbarer Offenbarung herbeizuführen? [21]) Da es nicht möglich ist, den unabsehbaren Theorienstreit über diese Frage an dieser Stelle vollständig wiederzugeben, beschränken wir uns auf die praktisch wichtigsten Ergebnisse.

Das Reichsstrafgesetzbuch gebraucht den Ausdruck „unbefugt" in verschiedenen Tatbeständen ohne Legaldefinition. Man hat untersucht, ob „unbefugt" in diesen Tatbeständen durch „rechtswidrig" ersetzt werden kann. Die herrschende Meinung bezeichnet als rechtswidrig „ein menschliches Verhalten, das mit einer Rechtsnorm, d. i. immer ein Gebot oder Verbot des Rechtes, nicht im Einklange steht" [22]). Auf der Grundlage unbefugt = rechtswidrig verband Sauter [23]) damit die Lehre von der ausgeschlossenen Rechtswidrigkeit, „jener Lehre, die eine jede Verletzung des Geheimhaltungswillens, sobald sie nur im übrigen den Tatbestand des § 300 RStGB verwirklicht, ohne weiteres für rechtswidrig erklärt, es sei denn, daß das Strafgesetzbuch selbst oder ein sonstiges Gebiet der Rechtsordnung ausdrücklich Offenbarungsrechte einräumt oder Redepflichten aufstellt; auf diese Ausnahmen hinzuweisen, ist der Zweck des Wortes unbefugt". Da nun aber von der Rechtsordnung Offenbarungs- und Redepflichten aufgestellt werden, ist es notwendig festzustellen, wann eine solche Redepflicht besteht und wann nicht.

Einstimmigkeit besteht in Doktrin und Praxis darüber, daß eine an sich strafbare Handlung dann nicht rechtswidrig ist, wenn sie auf Grund gesetzlicher Bestimmungen geboten ist (Anzeigepflichten der Ärzte z. B. nach §§ 9 und 10 des Gesetzes betr. Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927).

Nach Finger [24]) hat der Ausdruck „unbefugt" in § 300 nur den Sinn, daß generell die Offenbarung des anvertrauten Privatgeheimnisses verboten und unter Strafe gestellt ist, falls sich nicht aus dem Strafgesetzbuch selbst, den strafrechtlichen Neben-

[21]) Schmalzl S. 39 ff.
[22]) Allfeld S. 120.
[23]) Sauter S. 231.
[24]) Finger S. 364.

gesetzen, oder sonstigen besonderen Gesichtspunkten Ausnahmen von diesem Verbot ergeben. Nach dieser Ansicht wäre die Offenbarung eines Berufsgeheimnisses nur dann nicht strafbar, wenn eine Offenbarungsbefugnis bestehen würde. Vereinzelt steht Bendix [25]) da mit der Ansicht, daß die Offenbarung nur dann befugt sei, wenn eine Einwilligung des Geheimnisträgers gegeben wurde; es müssen nach seiner Ansicht alle Befugnisse zum Offenbaren vorhanden sein. Herrschend in der Doktrin ist die Anschauung, daß die straflose Offenbarungsbefugnis neben der Einwilligung des Geheimnisträgers durch gesetzgeberische Erlasse bestimmt wird.

Um eine befriedigende Abgrenzung zu erhalten, wurde der Notstandsbegriff in die Erörterungen einbezogen. Wenn wir den Notstand definieren als einen Zustand gegenwärtiger Gefahr, aus welchem sich die betreffende Person nur retten kann durch Verletzung von Rechtsgütern dritter Personen, so kann, wie Baumgarten [26]) und Schmidt [27]) richtig ausführen, ein objektives und ein subjektives Notstandsprinzip unterschieden werden. Das subjektive Prinzip liegt vor, sobald jemand eine Notstandshandlung begeht, um sein eigenes Leben oder dasjenige seiner Angehörigen zu retten, während das objektive Prinzip verwirklicht ist, sobald es sich um Personen handelt, die nicht diesem engern Kreise angehören. Eine echte Notstandshandlung muß nach Baumgarten festgestellt werden, sofern das subjektive Prinzip vorliegt. In diesem Falle ist keine Rücksicht auf das Berufsgeheimnis zu nehmen; denn wenn jemand straflos bleibt, der eine Tötungshandlung begeht, um sein Leben zu retten, so ist nicht einzusehen, warum eine schweigepflichtige Berufsperson nicht straflos bleiben sollte, die in einem Zustande gegenwärtiger Gefahr ihr Berufsgeheimnis verletzt. Sobald es sich dagegen um den Schutz des weiteren Personenkreises handelt, soll der Schuldausschließungsgrund des Notstandes nicht angenommen werden, weil sonst der Berufsgeheimnisschutz illusorisch würde. Demnach müßte für das objektive Prinzip eine Ausnahme von der Straflosigkeit beim Vorliegen der Notstandsmerkmale gemacht werden, damit die durch die Geheimnispflicht geschützten Rechtsgüter nicht durch einen „unechten" Notstand diesem Schutze entzogen würden. Nach Finger [28]) dürfte z. B. beim Vorliegen einer ansteckenden Krankheit keine zu kühne Auslegung des Gesetzes darin gefunden werden, daß man einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff auf fremde Gesundheit in einem vom

[25]) Bendix S. 6.
[26]) Baumgarten S. 6 ff.
[27]) Schmidt S. 24 ff.
[28]) Finger S. 368.

Kranken eingeschlagenen, vom Arzt dagegen mißbilligten Verhalten erblickt. Das objektive Notstandsprinzip würde folglich nach diesem Autor auch schuldausschließende Wirkung haben.

Gegen diese Auffassung des Notstandsbegriffes ist einzuwenden, daß ihre praktische Anwendung nur erfolgen kann, wenn je nach der positiven Umschreibung des Personenkreises ein subjektives und objektives Notstandsprinzip gegeben ist. Maßgebend ist demnach die jeweilige weitere oder engere Fassung des Personenkreises. Ferner dürfte in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle das vom Notstandsbegriff untrennbare Moment der gegenwärtigen Gefahr beim Geheimnisbruch nicht gegeben sein, so daß schon durch diesen Umstand die Verwendungsmöglichkeit des Notstandes für den Geheimnisschutz sehr beschränkt wird.

Liszt [29]) kam durch weitere Untersuchungen des Begriffes „rechtswidrig" zum Schluß, daß eine Handlung nicht rechtswidrig ist, sobald diese vorgenommene Handlung das angemessene Mittel zur Erreichung des vom Gesetzgeber als berechtigt anerkannten Zweckes ist; in diesem Falle ist die Handlung rechtmäßig, mag sie auch scheinbar den Tatbestand einer Straftat erfüllen. Rechtmäßig ist somit nach seiner Auffassung die Wahrung berechtigter Interessen.

Wolff [30]) folgert aus dem Zwecke des § 300 RStGB:

„... die Persönlichkeit in der Betätigung ihres Innenlebens vor ungerechtfertigtem Eindringen in ihre Persönlichkeitssphäre zu schützen. Dieser Zweck muß so weit verwirklicht werden, als es bei Interessenkollision mit der Vermeidung der Hintansetzung des höherwertigen Interesses möglich ist."

Die Lisztsche Zwecktheorie dürfte aber in ihrer weiten Fassung zu praktisch bedenklichen Resultaten führen, so daß das engere Prinzip der Abwägung kollidierender Interessen befriedigender sein dürfte. Das Reichsgericht führt in einem Entscheid in Bd. 38 S. 62 aus:

„Die ärztliche Schweigepflicht des § 300 RStGB ist nicht ... eine absolute; das Gesetz behält sich vielmehr, indem es eine unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen fordert, das Bestehen einer Befugnis zur Offenbarung ausdrücklich vor, ohne die Befugnis nach irgendeiner Richtung hin einzuschränken; sie kann mithin auch durch anderweitige Berufspflichten des Arztes gegeben sein."

Oder mit anderen Worten: nicht unbefugt ist die Offenbarung dann, wenn sie zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses geschieht und dabei die einander gegenüberstehenden Interessen pflichtgemäß abgewogen worden sind.

---

[29]) Liszt S. 141.
[30]) Wolff S. 41.

Gegenüber dieser Auffassung sind sehr berechtigte Bedenken geäußert worden. Engelmann [31]) z. B. führt aus, daß gegen ein derartiges Offenbarungsrecht folgende Gründe angeführt werden können:

1. Es fehlt dafür eine gesetzliche Grundlage.
2. Es läßt sich eine Grenze dieser Befugnis nicht ziehen.
3. Es würde der Willkür freie Hand lassen.
4. Eine solche Befugnis würde geeignet sein, die Geheimnispflicht sowie das Vertrauen zu den Ärzten zu schwächen und gewisse Kranke in die Hände diskreter Kurpfuscher treiben. Finger [32]) meint:

„Ein Gesetz, das so abgefaßt wäre, daß der Ausleger desselben erst den Maßstab finden müßte, wie widerstrebende Ziele und Wünsche und kollidierende Pflichten zu einem objektiv gebotenen Ausgleich gebracht werden können, bedeutet eine Bankerotterklärung des Gesetzgebers. Ein solcher Gesetzgeber überwälzt die Lösung der Aufgabe, die wir von ihm fordern und zu der nur er berufen ist, auf die Schultern anderer."

Wenn man schon den Standpunkt Bacons vertreten will, optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis, so muß doch gesagt werden, daß eine kasuistische Aufzählung in den Straftatbeständen mit den praktischen Erfordernissen nicht in Übereinstimmung gebracht werden kann. Einmal ist es ein Ding der Unmöglichkeit, sämtliche denkbaren Fälle schon bei der Abfassung des Textes voraussehen zu können. Das geschriebene Recht ist den Erfordernissen seiner Entstehungszeit angepaßt; es kann einer künftigen Entwicklung nur in beschränktem Maße Rechnung tragen. Dies dürfte das Hauptargument gegen eine kasuistische Gesetzesredaktion sein. Obgleich prinzipiell jederzeit abänderbar, sofern natürlich das Gesetz nicht einen entsprechenden Vorbehalt enthält, verlangt das Rechtsleben eine gewisse Stetigkeit der Entwicklung, die vom Gesetzgeber nur berücksichtigt und gefördert werden kann durch eine abstrakte Abfassung der Tatbestände. Durch den § 300 RStGB soll die Geheimsphäre des einzelnen in bestimmter Hinsicht vor widerrechtlichem Eindringen geschützt werden. Ungeschickt war die Wahl des Ausdruckes „unbefugt", obgleich dadurch dem Erfordernis nach abstrakter Gesetzesredaktion Genüge geleistet wurde. Das Motiv des Gesetzgebers wurde aber insofern paralysiert, als durch die unbestimmte Fassung die verschiedenen in der Doktrin vertretenen Ansichten ein Übergewicht erlangten, wie es mit dem Zweck eines gesetzten Strafrechtes unvereinbar ist. Denn das gesetzte Recht soll dem Richter

---

[31]) Engelmann, Korrespondenzblatt f. Schweizerärzte 1907 S. 622.
[32]) Finger S. 562.

in möglichst klarer Weise die Subsumtion eines gegebenen Tatbestandes unter den gesetzlichen ermöglichen, ohne daß eine so schwerwiegende, fast unentscheidbare Gesetzesinterpretation vorauszugehen hat. Sauters Ansicht dürfte deshalb berechtigt sein, daß bei der unklaren Fassung des § 300 RStGB das Gesetz zu einem leeren Schatten neben der Allmacht des Richters herabsinken kann, und an die Stelle der Gerechtigkeit die Herrschaft schrankenloser Willkür treten könnte.

Zwei Hauptrichtungen [33]) konnten in der Doktrin unterschieden werden. Die eine hält eine Offenbarung von Privatgeheimnissen nur in den Fällen für rechtmäßig, in denen eine solche kraft eines Rechtssatzes ausdrücklich zugelassen ist. Die Vertreter der Gegenansicht erachten die Offenbarung auch dann nicht für rechtswidrig, sofern der Offenbarende in Wahrnehmung höherer berechtigter Interessen handelt.

Der relative Schutz des Privatgeheimnisses nach der zweiten Autorengruppe besteht also darin, daß ein Geheimnis nur dann den Strafrechtsschutz genießt, sofern ihm ein höheres Interesse nicht entgegensteht. Wie soll nun aber das höhere Interesse von einem geringwertigeren abgegrenzt werden? Nach Schmalzl [34]) ist ein höherwertigeres Interesse besonders dann vorhanden, wenn es sich um ein öffentliches Interesse handelt, weil der Geheimnisschutz als privates Interesse der Allgemeinheit gegenüber immer das minderwertigere ist. Gegenüber dem öffentlichen Interesse dürfte die Abgrenzung noch möglich sein; schwierig und unlösbar dagegen wird der Konflikt, wenn sich private Interessen gegenüberstehen. Wie soll sich der Arzt z. B. verhalten bei Honorareinforderungen auf dem Rechtswege? Man hat gesagt, daß das Interesse des Patienten an der Geheimhaltung in diesem Falle kein höherwertiges mehr sei, weil er durch Nichtbezahlen das Vorgehen des Arztes verschuldet habe. Perraud-Charmantier [35]), obgleich auch Anhänger des relativen Geheimnisses, urteilt in diesem Falle m. E. nach richtiger, wenn er sagt, daß beim Vorliegen pekuniärer Interessen die Geheimnispflicht unverletzlich sei; der Arzt dürfe bei Honorareinforderungen auf dem Rechtswege weder die Natur noch den Namen der Krankheit des Schuldners angeben. Schon in diesem relativ einfachen Fall zeigt sich die Schwierigkeit der Interessenabwägung. Sobald sich nun aber ideelle Interessen gegenüberstehen, wird ein objektiver Maßstab kaum mehr aufgestellt werden können; die Abwägung höheres Interesse — geringwertigeres Interesse wird zu einem subjektiven Moment

[33]) Stut S. 23.
[34]) Schmalzl S. 54.
[35]) Perraud-Charmantier p. 272.

und muß die objektive Basis verlassen, so daß der Vorwurf der Willkür und der Schattenhaftigkeit des Gesetzgebers zweifellos am Platze ist.

Da aber eine erschöpfende kasuistische Aufzählung der erlaubten Offenbarungsfälle unmöglich ist und das Rechtsgefühl in gewissen Fällen Straflosigkeit der Offenbarung verlangt, muß dieser Vorwurf in Kauf genommen werden. Man bedenke, daß z. B. auch das Notstandsprinzip nicht durchführbar ist ohne die Einführung eines Begriffes „Wahrung berechtigter Interessen", dessen Elastizität dem Richter ebenfalls weitgehende Kompetenzen gibt.

Die hier erwähnten Schwierigkeiten suchte Flügge [36]) auszuschalten, indem er folgende Ergänzung vorschlug: seine Neufassung würde den gleichen Wortlaut haben wie der gegenwärtige § 300 RStGB, vermehrt um folgenden Zusatz: „Die Offenbarung eines Arztes ist nicht unbefugt, wenn sie entweder als Zeugenaussage vor einer zuständigen Behörde erfolgt, oder wenn sie zu dem Zwecke der Abwendung von Gefahr für Leib oder Leben Dritter erfolgt." Diese Redaktion stellt kaum eine Verbesserung dar und muß als zu eng abgelehnt werden. In den Entwürfen zu einem neuen Reichsstrafgesetzbuch wurden folgende Lösungen dieser schwerwiegenden Frage versucht. Im § 268 des Entwurfes von 1909 ist der Geheimnisverrat nur dann straflos, wenn eine gesetzliche Erlaubnis hierzu gegeben ist. Dieser zu enge Wortlaut entsprach nicht den praktischen Erfordernissen und sollte durch den Gegenentwurf von Kahl, Goldschmidt, v. Liszt und Lilienthal [37]) verbessert werden. Neben einer abweichenden Umschreibung der geheimnispflichtigen Personen wurde die straflose Geheimnisoffenbarung erweitert durch den Zusatz: „Hat der Täter eine Pflicht zu erfüllen oder ein öffentliches oder sein oder eines Dritten berechtigtes Interesse zu wahren beabsichtigt, so bleibt die Handlung straflos."

Ferner muß das Geheimnis in oder bei Ausübung des Berufes oder Gewerbes anvertraut sein, und eine Ausdehnung findet statt auf diejenigen Personen, die nach dem Ableben des ursprünglich Schweigepflichtigen Tatsachen aus den in ihre Verfügung gelangten Aufzeichnungen offenbaren. Um Kontroversen zu vermeiden, wurde der Ausdruck „unbefugt" weggelassen, wie es scheint wegen der vermeintlichen Identität mit „widerrechtlich". — Bemerkenswert ist der oben zitierte Zusatz, der eine Abgrenzung der objektiven Widerrechtlichkeit bezweckt. Straflosigkeit besteht demnach neben Fällen, in denen Offenbarungspflichten gesetzlich statuiert

[36]) Flügge, Korrespondenzblatt f. Schweizerärzte 1911 S. 79.

[37]) Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, Berlin 1911.

sind, auch bei Honorareinforderungen und bei Verteidigung, z. B. in Verfahren wegen Körperverletzung; endlich bei Kollision mehrerer Pflichten, z. B. beim Bestehen von Ansteckungsgefahr.

Im Kommissionsentwurf von 1913 [38]) wurde in § 354 folgender Wortlaut gewählt:

„Die Offenbarung ist nicht rechtswidrig, wenn sie zur Wahrung berechtigter privater oder öffentlicher Interessen erforderlich war, vorausgesetzt, daß dabei die sich gegenüberstehenden Interessen pflichtgemäß berücksichtigt worden sind." Der Amtliche Entwurf von 1925 [39]), unter Mitwirkung der österreichischen Justizverwaltung zustande gekommen, sagt in § 293: „Wer ein Geheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart und dabei die gegeneinanderstehenden Interessen pflichtgemäß abgewogen hat, ist nicht strafbar."

In der Begründung [40]) zu diesem Paragraphen wird folgendes ausgeführt:

„... er wird sich daher, auch wenn er zu dem Ergebnis gelangt, daß das Interesse an der Offenbarung das Interesse an der Geheimhaltung überwiegt, zunächst die Frage vorlegen müssen, ob das Interesse, dem er durch die Offenbarung dienen will, nicht auf einem anderen Wege gewahrt werden kann, als durch die Offenbarung; und er wird ferner sorgfältig prüfen müssen, ob er nach seiner Kenntnis der Persönlichkeit des Empfängers der Mitteilung darauf rechnen darf, daß dieser von der Mitteilung nur den Gebrauch machen wird, der mit der Mitteilung beabsichtigt war, und nicht vielmehr die erlangte Kenntnis dazu benützt wird, den, der an der Geheimhaltung ein Interesse hatte, bloßzustellen oder zu beschimpfen. Nur wenn der Offenbarende dieser Pflicht entsprochen hat und nach gewissenhafter Prüfung zu dem Ergebnis gelangt ist, daß ihm nach den besonderen Umständen des Falles die Wahrung des Geheimnisses hier nicht zugemutet werden kann, soll die Offenbarung nicht strafbar sein."

Im § 325 des Entwurfes von 1927 [41]) endlich findet sich diese Formulierung:

„Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Wahrung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart, das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann, und wenn das gefährdete Interesse überwiegt."

Als Neuerung gegenüber dem Entwurf von 1925 wird verlangt, daß das gefährdete Interesse wertvoller als das konkurrenzierende sei, und dieses Interesse unmöglich gewahrt werden könne ohne Preisgabe des anvertrauten Geheimnisses. Der Begriff der „pflichtgemäßen Abwägung" stellt ebenfalls keine eindeutige Lösung dar; dem Richter sind sehr weitgehende Kompetenzen ein-

---

[38]) Kommissionsentwurf von 1913 zu einem Reichsstrafgesetzbuch.
[39]) Amtl. Entwurf von 1925 zu einem Reichsstrafgesetzbuch.
[40]) Begründung zum AE 1925 S. 74.
[41]) Entwurf von 1927 zu einem Reichsstrafgesetzbuch.

geräumt. Er entspricht jedoch der Praxis des Reichsgerichtes; wie schon ausgeführt, macht die Vielseitigkeit des menschlichen Lebens eine eindeutige, befriedigende Regelung unmöglich. Eingedenk dieser Unvollkommenheit sagen die Motive [42]):

„Die beteiligten Kreise, insbesondere die Ärzteschaft, legen Gewicht darauf, daß die Voraussetzungen, unter denen das Berufsgeheimnis nicht gewahrt zu werden brauche, im Gesetz umschrieben werden. Diesem Wunsch, der besonders bei den gesetzgeberischen Erörterungen über die Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten hervorgetreten ist, entspricht der Entwurf so weit, als es möglich ist, Fragen dieser Art im Gesetz selbst zu entscheiden."

Im Strafrechtsausschuß des Reichstags wurde die Erweiterung des Personenkreises nach dem Wortlaut des § 293 Reichsratsvorlage vorgenommen; ferner wurde die Geheimnispflicht auf alle Gehilfen ausgedehnt, nicht nur auf berufsmäßige. Die fahrlässige Offenbarung von Berufsgeheimnissen hat auch der Entwurf nicht unter Strafe gestellt. Der ursprüngliche § 300 RStGB hat nun folgenden Wortlaut erhalten:

„Wer unbefugt ein Privatgeheimnis offenbart, das ihm bei berufsmäßiger Ausübung der Heilkunde, der Krankenpflege, der Geburtshilfe oder des Apothekergewerbes oder bei berufsmäßiger Beratung, Vertretung oder Verteidigung in Rechtsangelegenheiten kraft seines Berufes anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bestraft.

Den Personen, die den Beruf selbständig ausüben, stehen ihre Gehilfen und Personen gleich, die zur Vorbereitung auf den Beruf an der berufsmäßigen Tätigkeit teilnehmen.

Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Wahrung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart, das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann, und wenn das gefährdete Interesse überwiegt.

Wer ein Geheimnis der in Abs. 1 erwähnten Art gegen Entgelt oder in der Absicht offenbart, sich oder einem anderen unrechtmäßig einen Vorteil zu verschaffen oder jemand einen Nachteil zuzufügen, wird mit Gefängnis bestraft.

Die Tat wird nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt."

V. Kapitel.

Die Berufsgeheimnisverletzung und ihre Regelung im Entwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch.

A. Die Regelung in den Vorentwürfen.

Durch die Verfassungsrevision vom 13. November 1898 ist dem Bunde das Recht zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des Strafrechts übertragen worden (BV Art. 64 bis).

---

[42]) Begründung zum Entwurf von 1927 S. 162.

Die Vorarbeiten [1]) zur Einführung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Strafrechtes fanden ihren vorläufigen Abschluß in dem „Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Expertenkommission", der von Professor Karl Stooß stammte und im Jahre 1896 veröffentlicht wurde. In der Ausführung der Verfassungsrevision von 1898 erhielt das Zivilrecht den Vorrang. Daneben wurde aber am Vorentwurf des Strafgesetzbuches in den Jahren 1901—1903 durch eine kleine Expertenkommission weitergearbeitet, welche als erstes Resultat ihrer Besprechungen den „Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betr. Einführung des Schweiz. Strafgesetzbuches, Juni 1903" vorlegte. Abgeschlossen wurden die Arbeiten der kleinen Expertenkommission in dem „Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, neue Fassung der Expertenkommission, April 1908".

Nachdem die Räte die zivilrechtlichen Beratungen abgeschlossen hatten, wurde im Jahre 1911 eine zweite große Expertenkommission ernannt, welche ihren Beratungen die Fassung des Vorentwurfes von 1908 zugrunde legte, die inzwischen durch Prof. Zürcher im Auftrag des Justiz-und Polizeidepartementes kommentiert worden war. Diese zweite Expertenkommission erledigte ihre Aufgabe in den Jahren 1912—1916, und als Frucht ihrer Arbeit legte sie den „Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Fassung der 2. Expertenkommission, Oktober 1916" vor. Soviel zur Geschichte der verschiedenen Entwürfe, die uns im folgenden in den unser Thema betreffenden Artikeln beschäftigen werden.

Der Vorentwurf von 1894 stellte eine ganz allgemein gehaltene Bestimmung auf, die im Abschnitt „Verbrechen gegen den Frieden" enthalten war. Art. 88 lautete: „Wer ein Berufsgeheimnis verletzt, wird mit Geldstrafe bis zu 10 000 Fr. oder mit Gefängnis bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden." Von Zürcher [2]) wurde die Umschreibung des Tatbestandes der Berufsgeheimnisverletzung verlangt, weil dieser Verbrechensbegriff für viele Kantone etwas Neues bedeutete und der Richter aus dem Gesetz ersehen sollte, was unter Verletzung des Berufsgeheimnisses zu verstehen sei. Gretener schlug den Wortlaut vor: „Wer in Erfüllung der Zeugnispflicht ein ihm anvertrautes Berufsgeheimnis offenbart, kann nicht strafbar sein." Cornaz verlangte Verbindung der materiellen Bestimmung mit einer prozessualen in Form eines ein-

[1]) Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend das Schweizerische Strafgesetzbuch, vom 13. Juli 1918.

[2]) Vgl. Verhandlungen der (ersten) Expertenkommission Bd. II S. 12 ff.

heitlichen eidgenössischen Zeugnisverweigerungsrechtes für Berufspersonen: „Nul ne peut être contrint de déposer devant les tribunaux sur un secret professionnel."

„Offenbart" wurde von Stooß als zu feierlich abgelehnt und folgender Wortlaut vorgeschlagen: „Wer ein Geheimnis, das ihm in Hinsicht auf seinen Beruf anvertraut worden ist, unbefugt verletzt, ..."

Müller forderte Beschränkung des Personenkreises auf Personen, die infolge ihres Berufes besonders zu Verschwiegenheit verpflichtet seien.

Gabuzzi und Bezzola stellten im Anschluß an das Italienische Strafgesetzbuch Art. 163 den Antrag, daß die vom Täter mitgeteilte Tatsache einen Schaden verursachen müsse.

Nach Correvon und Gretener sollte es sich nur um solche geoffenbarte Tatsachen handeln, die imstande seien, die Ehre einer Person zu verletzen.

Müller lehnte diesen Antrag ab, weil die den Rechtsanwälten anvertrauten Geheimnisse in der Regel nicht die Ehre, sondern die Vermögensinteressen der Klienten betreffen. Stooß empfahl die Bestrafung jeglicher Berufsgeheimnisverletzung, weil jemand in seinen persönlichen Verhältnissen schwer verletzt werden könne, ohne daß dadurch seine Ehre oder sein Vermögen verletzt werde. Gretener schließlich verlangte noch die Behandlung der Berufsgeheimnisverletzung als Antragsdelikt. Stooß jedoch hielt am Offizialcharakter fest, weil der Staat möglicherweise ein Interesse haben könne, einen Arzt oder Anwalt auch dann zu bestrafen, wenn der Verletzte keinen Antrag stelle. Auf den Vorschlag von Stooß wurde der Eingang des Artikels wie folgt abgeändert: „Wer jemandem unbefugt eine Mitteilung ..." usw.

Die Resultate der Verhandlungen der ersten Expertenkommission wurden verarbeitet in Art. 94 des Vorentwurfes von 1896, den man in den Titel „Verbrechen gegen den Frieden und die persönliche Sicherheit" einordnete. Art. 94 erhielt folgenden Wortlaut: „Wer jemandem unbefugt etwas mitteilt, was er zufolge seines Berufes geheimzuhalten verpflichtet war, wird auf Antrag mit Geldstrafe bis zu 10 000 Franken oder mit Gefängnis bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden." Stooß [3]) führte darüber aus: „In grundsätzlicher Übereinstimmung mit den StGB der welschen Schweiz wird bestraft, wer jemandem unbefugt etwas mitteilt, was er zufolge seines Berufes verpflichtet war, geheimzuhalten. Die Bestimmung richtet sich also gegen Geistliche, Ärzte, Anwälte, Notare, aber, wie in der Kommission bemerkt wurde, nicht etwa gegen Schneider und Friseure."

[3]) Stooß S. 19.

Im Protokoll [4]) der kleinen Expertenkommission befindet sich bezüglich Art. 94 nur die Abänderung, daß das Zeitwort „war" in der zweiten Linie durch „ist" zu ersetzen sei, allem nach, um die unbeschränkte Dauer der Geheimhaltungsverpflichtung besser hervorzuheben.

Im Entwurf von 1903 ist der Artikel im Abschnitt „Verbrechen gegen die persönliche Rechtssicherheit" eingeordnet, der daneben die Bedrohung, den Hausfriedensbruch und die Verletzung des Briefgeheimnisses enthält.

Art. 108: „Wer jemandem unbefugt etwas mitteilt, was er zufolge seines Berufes geheimzuhalten verpflichtet ist, wird auf Antrag mit Buße bis zu 10 000 Franken oder mit Gefängnis bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden."

Erhebliche Veränderungen bringt erst der Vorentwurf von 1908, in welchem ein besonderer 12. Abschnitt vorhanden ist mit dem Titel: „Berufsverbrechen", der neben Bestimmungen über unzüchtige Handlungen von Geistlichen und Ärzten, einer Bestimmung über falsches ärztliches Zeugnis, die Regelung der Berufsgeheimnisverletzung in Art. 192 enthält:

„Wer als Geistlicher, als Rechtsanwalt, als Verteidiger, als Notar, als Arzt, als Apotheker, als Gehilfe solcher Personen oder als Hebamme, ein Geheimnis, das ihm zufolge seines Berufes anvertraut worden ist, oder das er in der Ausübung seines Berufes wahrnimmt, ohne Einwilligung des Berechtigten offenbart, wird auf Antrag mit Buße oder mit Gefängnis bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden."

Ergänzt wird dieser Artikel durch Art. 211 Abs. 2: „Das Berufsgeheimnis wird vorbehalten", indem durch diesen Vorbehalt die Anzeigepflicht zuchthausbedrohter Verbrechen für schweigepflichtige Berufspersonen nicht aufgestellt wird. Nach Zürcher [5]) geht die Berufstreue in dieser Beziehung der Bürgerpflicht vor. In den Verhandlungen der Expertenkommission [6]) wurde Streichung von Art. 211 Abs. 2 beantragt mit der Begründung: „Der Anwalt soll nicht das Geheimnis wahren dürfen, gleichgültig, ob ein Unschuldiger dadurch zugrunde geht. Die allgemeine Menschenpflicht, für Recht und Wahrheit einzutreten, muß dem Berufsgeheimnis vorgehen." Weil sich aber in Art. 192 der Begriff des höheren Interesses findet, liegt nach Hafter in diesem Falle unzweifelhaft ein höheres Interesse vor, so daß die Berufsperson

---

[4]) Protokoll II über die Verhandlungen der Expertenkommission 1901 S. 8.

[5]) Zürcher S. 351.

[6]) Protokoll der 2. Expertenkommission Bd. 4 S. 363 ff.

sprechen muß. Bei der Abstimmung wurde Art. 211 gänzlich gestrichen.

Es lag ein Antrag von Hafter vor, einen neuen Absatz 2 dem Art. 192 beizufügen:

„Der Täter ist straflos, wenn die Preisgabe des Geheimnisses mit der Einwilligung des Berechtigten erfolgt, oder wenn die Preisgabe durch ein öffentliches Interesse oder durch ein berechtigtes Privatinteresse geboten ist."

Zürcher führt in seinen Erläuterungen aus, daß die Aufzählung der Berufsarten keines weiteren Kommentars bedürfe; diese sei eine abschließende, nicht eine bloß beispielsweise. Wegen des höhern Interesses sagt er, daß Art. 25 (Ausnahmen von der Strafdrohung, insbesondere wegen Amts- oder Berufspflicht) und Art. 27 (Notstand) des Vorentwurfes von 1908 die meisten Fälle decken.

„In diesen Fällen spricht das Gesetz; es kann indessen unzweifelhaft noch andere Fälle geben, in denen die Wahrung des Berufsgeheimnisses mit höheren Interessen in Widerstreit tritt und daher vor diesen zu weichen hat. Der Geistliche, dem das Vorhaben eines Verbrechens angezeigt wird, mag zunächst abmahnen; er kann aber unmöglich wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses bestraft werden, wenn er das in Aussicht genommene Opfer des Verbrechens warnt oder die Tätigkeit der Polizei zur Abwehr in Bewegung setzt. ... Allein es ist begreiflich, wenn insbesondere aus dem Ärztestand das Verlangen nach festerer Regelung der Konfliktsfälle gestellt wird."

Gautier befaßte sich eingehend mit der Umschreibung der schweigepflichtigen Berufspersonen und findet den Passus „ou tout auxiliaire de ces personnes" zu unklar und zu weitgehend gefaßt. „Car il es délicat de délimiter le cercle de ces auxiliaires. On risque d'y comprendre de simples petits comparses sur lesquelles ne doit reposer aucune responsabilité speciale, le petit clerc d'avocat, le saute-ruisseau du notaire, l'apprenti pharmacien."

Hafter versuchte eine größere Präzision der rechtlich erlaubten Durchbrechungen des Berufsgeheimnisschutzes zu erreichen:

„Den Ärzten ist außerordentlich daran gelegen, eine klare Regel hinsichtlich des Berufsgeheimnisses und seiner Durchbrechung zu erlangen. Die gesetzgeberische Entwicklung der Frage zeigt allerdings, wie schwer die befriedigende Lösung zu finden ist. In den früheren Entwürfen und noch 1903 war das Wort ‚unbefugt' aufgenommen. Später stellte man auf die Einwilligung ab und ließ daher ‚unbefugt' fallen. Der jetzige Entwurf läßt die Preisgabe eines Geheimnisses nur bei Einwilligung des Berechtigten straflos. Hierzu kommt aber der Fall der höheren Interessen, der Beachtung verlangt. Das Berufsgeheimnis muß noch in anderen Fällen durchbrochen werden können. Allerdings haben wir in Art. 25 eine Bestimmung, die vielleicht eingreifen kann. Aber für unseren Fall ist sie ungenügend, denn nur wenn das Gesetz, eine Amts- oder Berufspflicht etwas gebietet oder erlaubt, ist die Handlung rechtmäßig. Ich gelange daher dazu, im Gesetz selbst die Fälle einer erlaubten Preisgabe des Geheimnisses zu normieren. ... Ich glaube, daß man die Fälle möglicher Geheimnispreisgabe ausdrücklich nennen soll ... Einwilli-

gung, Wahrung von öffentlichen und Wahrung von berechtigten Privatinteressen. Dem Richter ist bei einer solchen Fassung ein sehr weites Ermessen zugestanden, ich hoffe aber, daß er sich durchfinden wird. ... Der österreichische Vorentwurf hat in § 403 eine Bestimmung aufgenommen, wonach auch Studierende die Geheimnisse wahren sollen, die sie wahrnehmen. Ich glaube, daß diese Personen unter die Gehilfen zu zählen sind."

Von C. C. Burckhardt war der Antrag eingereicht worden, im Gesetzestext nach „Berechtigten" die Worte einzuschalten „oder ohne daß höhere Interessen es erfordern". Burckhardt ging somit in der gleichen Richtung wie Hafter, indem auch er die Aufnahme der Ausnahmen in den Gesetzestext versuchte. C. C. Burckhardt führte folgendes aus:

„Beim ärztlichen Geheimnis kann man auch konstatieren, daß es mit der Wahrung heutzutage nicht durchwegs so gut bestellt ist wie früher. Die Ärztekammern verlangen daher eine strenge Regelung, aber die Ärzte suchen in erster Linie eine Deckung, am allerliebsten ein absolutes Verbot, um auf diese Weise des eigenen Nachdenkens überhoben zu sein. ... Die rechtliche Lage ist heute schon die, daß der Arzt in sehr weitgehendem Maße im öffentlichen Interesse verpflichtet ist, das ärztliche Geheimnis preiszugeben. Man denke an die Anzeigepflicht nach eidgenössischem Recht bei bestimmten Krankheiten und an die Kompetenz der Kantone, diese Anzeigepflicht auszudehnen. Bei den Geschlechtskrankheiten allerdings zögert man mit der Statuierung der Anzeigepflicht, aus Furcht, daß die Kranken sich nicht mehr in die Behandlung der Ärzte begeben. ... Ich bin nicht der Ansicht von Zürcher, daß die kantonalen Prozeßgesetze durch den Vorentwurf gebunden werden, jedenfalls trifft dies dann nicht zu, wenn die Formulierung Hafters oder meine dem Vorentwurf vorgezogen wird; denn dann ist dem Kanton die Fixierung des höheren Interesses freigegeben. ... Wenn der Arzt eine Mißhandlung von Kindern, einen Vergiftungsversuch usw. konstatiert, habe ich nie die Auffassung des Arztes verstanden, die dahin geht: ‚Da darf ich nicht sprechen.' Wir werden nicht darum herumkommen, den Ärzten klarzumachen, daß sie selbst das richtige Verhalten herausfinden müssen. ... Die Auffassung, außerhalb des Gesetzes zu stehen, ist allerdings in Ärztekreisen sehr verbreitet. Vielfach lassen Ärzte sogar Gefangene fortlaufen, die ihnen zur Untersuchung oder Behandlung zugeführt werden. ... Im übrigen kann man die Schwierigkeiten nur dadurch beheben, daß man das höhere Interesse als das zu beachtende anerkennt. Bei Mitteilung von syphilitischen Erkrankungen vor der Heirat usw. wird man kaum im Zweifel sein können, wo das höhere Interesse liegt. Ich möchte die Ärzte nicht von einer gewissen Pflicht des eigenen Nachdenkens und Überlegens befreien."

Müller fand den Antrag Hafter deshalb so gefährlich, weil unter den Begriff des öffentlichen Interesses so ziemlich alles einbezogen werden könne.

„Der Begriff ist viel zu unbestimmt, um hier als Abgrenzung dienen zu können. Ich möchte die Preisgabe des Berufsgeheimnisses nur erlauben gegenüber einer durch den Fortbestand des Geheimnisses bedrohten Person, und nur dann, wenn eine erhebliche Gefahr in Betracht kommt. Das Beichtgeheimnis gehört nicht hieher; es darf nach katholischen Begriffen unter keinen Umständen preisgegeben werden."

Deschenaux beanstandete den Ausdruck „auxiliaire" als zu ungenau:

„C'est pourquoi je vous propose de remplacer ‚auxiliaire' par les mots ‚assistants' ou ‚employés supérieurs'. L'assistant, c'est l'auxiliaire principal de l'ecclesiastique (un vicaire est assistant), du médecin et du pharmacien. L'employé supérieur se rapporte au clerc d'avocat ou de notaire. Avec cette rédaction, on élimine les petits employés qui ne sauraient être recherchés."

Prof. Delaquis verlangte Weglassung der „berechtigten Privatinteressen" wegen der Abgrenzungsschwierigkeit. Um dieselbe zu kennzeichnen, führte er folgenden Fall an:

„Der Arzt erfährt durch die Mutter eines Kindes, das er bei einer Krankheit behandelt, daß dieser Sohn, der allgemein als der eheliche Erstgeborene gilt, außerehelich empfangen wurde. Der Ehemann weiß nichts davon. Es besteht nun in der Familie ein Majorat, der Hof soll dem Erstgeborenen ganz zukommen. Wie steht es hier? Darf der Arzt reden? Liegen berechtigte Privatinteressen vor und, wenn ja, wessen? Des Ehemannes oder des zweiten ehelichen Sohnes, der zur Erbfolge käme, wenn die Sache aufgeklärt würde? Sind diese Interessen höhere, oder sind es öffentliche, oder beides, insofern hier die Achtung vor der Rechtsordnung dem Interesse des erbberechtigten ehelichen Sohnes zur Seite steht? oder handelt es sich bei dem Ausdruck ‚Privatinteressen' lediglich um die Wahrung allgemeiner Rechtsinteressen?"

Prof. Thormann untersuchte näher das Verhältnis von Art. 192 zum kantonalen Prozeßrecht:

„Es steht hier nicht das Verhältnis zweier Gesetzgebungen zueinander in Frage, es liegt vielmehr ein Konflikt zwischen zwei Rechtsmaterien vor. In Art. 192 kann kein allgemeiner Begriff des Berufsgeheimnisses aufgestellt werden, sondern nur eine Strafbestimmung gegen Verletzung des Geheimnisses. Das ist nichts Ungewöhnliches. In vielen Fällen geht ja der Strafrechtsschutz weniger weit als die übrige Regelung der Materie. Die Prozeßgesetze dagegen regeln die Frage, wieweit der Staat ein Interesse daran hat, die Kenntnis des einzelnen Zeugen von gewissen Tatsachen für Zwecke der Justiz zu verwerten. ... Wir regeln also hier nur die Fälle, in denen der Staat an der Strafbarkeit ein Interesse hat. Der Staat kann aber in anderen Gesetzen auf die Geheimnispflicht verzichten, von ihr entbinden. Das ist der einzige grundsätzlich richtige Standpunkt."

Eine Eingabe der Unfallversicherungsanstalt verlangt folgenden Zusatz, der abgelehnt wurde [7]):

„Eine Verletzung des ärztlichen Geheimnisses liegt nicht vor, wenn ein Arzt jemandem eine Auskunft erstattet, der, kraft Gesetzes oder kraft Übereinkunft, ein berechtigtes Interesse an der Feststellung eines Tatbestandes durch einen Arzt oder an der Mitteilung eines ärztlichen Urteils hat."

Eine Einschränkung des Begriffes des Geistlichen forderte Huber:

„Denn z. B. bei den Geistlichen von reinen Freikirchen fehlt m. E. nach der Zusammenhang zwischen dem Staat und der Berufsklasse, der bei den übrigen genannten Berufen besteht. Ich sehe nicht ein, warum der Staat, wenn er gegenüber allen oder einzelnen Religionsgesellschaften sich auf den Standpunkt des Ignorierens stellt, hier bezüglich ihrer Organe einen andern Standpunkt einnimmt. Behält man den Artikel bei und verbleibt er in dem

[7]) Protokoll der zweiten Expertenkommission Bd. V S. 88 ff.

Abschnitt über Amtsverbrechen, so müßte man sagen: ‚Geistliche öffentlicher Religionsgesellschaften', damit nicht Geistliche reiner Privatkirchen einem Sonderrecht, einer besonderen Veranwortlichkeit unterworfen werden."

Schließlich schlug C. C. Burckhardt eine abermalige Abänderung der Umschreibung des schweigepflichtigen Personenkreises vor: „Personen, die nach den für ihre Berufskreise geltenden Anschauungen zur Wahrung des ihnen zufolge ihres Berufes anvertrauten Geheimnisses verpflichtet sind, z. B. Geistliche, Rechtsanwälte usw. ..."

Über die Geistlichen führt er aus:

„Gerade weil der Staat den einzelnen Religionen vorurteilslos gegenübersteht, können wir die Scheidung nicht machen. Von Angehörigen gewisser Berufe muß eben im Interesse der einzelnen, mit denen sie in Verbindung treten, verlangt werden, daß sie Schweigen bewahren."

Maier [8]) erachtete es als wünschbar, wenn nicht nur Medizinstudierende, sondern die Studierenden im allgemeinen an das Berufsgeheimnis gebunden würden; angehende Theologen, Juristen und Lehrer hätten in steigendem Maße Gelegenheit, Tatbestände kennenzulernen, deren Geheimhaltung verlangt werden müsse. Der Verband Deutschschweizerischer Frauenvereine ersuchte in seiner Eingabe [9]) vom März 1913 um Einschränkung der Pflicht des ärztlichen Berufsgeheimnisses zugunsten von Personen, die ein Recht auf offene Darlegung der Wahrheit von seiten des Arztes haben, sobald es sich um Geschlechtskrankheiten handle.

Im Vorentwurf von 1915 fehlte Absatz 2 des Entwurfes von 1916, der die Geheimnisoffenbarung durch Medizinstudenten unter Strafe stellt.

Das Resultat der Verhandlungen der zweiten Expertenkommission stellte Art. 287 des Vorentwurfes von 1916 dar, der als Art. 285 in den Titel „Vergehen gegen Amts- und Berufspflicht" des Entwurfes von 1918 überging.

Die Differenzen zwischen diesen beiden Entwurfstexten sind nur redaktionelle.

B. Die Regelung im Entwurf von 1918.

Der Wortlaut des Art. 285 ist folgender:

„1. Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Ärzte, Apotheker, Gehilfen solcher Personen und Hebammen, die ein Geheimnis offenbaren, das

[8]) Maier, Über die Stellung der Psychiater zu den Änderungen im neuesten Entwurf zum Schweiz. Strafgesetzbuch, in Schweiz. Archiv f. Neurologie und Psychiatrie Heft II, Zürich 1916.

[9]) Siehe Hafter, Bibliographie zu den Entwürfen eines Schweiz. Strafgesetzbuches 1912—1923.

ihnen zufolge ihres Berufes anvertraut wird, oder das sie bei der Ausübung ihres Berufes wahrnehmen, werden, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Buße bestraft. Ebenso werden bestraft Medizinstudierende, die ein Geheimnis offenbaren, das sie bei ihren Studien wahrnehmen.

Die Pflicht zur Geheimnisbewahrung besteht auch nach der Beendigung der Berufsausübung oder der Studien.

2. Die Offenbarung ist nicht strafbar, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt oder zur Wahrung eines höheren Interesses notwendig ist."

Die Beratungen in den Kommissionen und Räten ergaben im wesentlichen folgendes:

In der Nationalratskommission [10]) fragte Ullmann an, ob im „höheren Interesse" sowohl öffentliches als auch privates Interesse inbegriffen seien. Hafter beantwortete diese Frage dahin, daß dieser Ausdruck im weitesten Sinne zu verstehen sei.

Seiler führte im Nationalrat [11]) aus:

„Der Kreis der zur Wahrung des Geheimnisses Verpflichteten ist im Gesetz genau umschrieben. Etwas vage ist die Bezeichnung ‚Gehilfen solcher Personen'. Auch beim Berufsgeheimnis kann durch Zustimmung des Berechtigten Entbindung von der Schweigepflicht erfolgen. Die Offenbarung ist aber auch dann nicht strafbar, wenn sie zur Wahrung eines höheren Interesses notwendig ist. Das höhere Interesse kann überwiegen und zur Verletzung des Geheimnisses nötigen. So wird der Arzt in den Fall kommen können, vor der Gefahr der Ansteckung zu warnen. Das richterliche Ermessen wird die Grenzen des Erlaubten festsetzen müssen. Unter die ‚höhern Interessen' fallen auch die öffentlichen Interessen. Im höhern Interesse kann z. B. die Verhütung einer schweren Tat liegen. Eine andere Frage ist die kirchliche Bindung des Geistlichen. Nicht berührt wird durch den Artikel die prozessuale Frage des Zeugniszwanges."

Logoz besprach den Artikel 285 folgendermaßen:

„L'article 285 de notre projet s'applique à trois catégories de personnes: tout d'abord les ecclésiastiques; puis ceux qui pratiquent l'art de guérir; enfin en troisième lieu, ceux qui représentent d'autres personnes en justice, les avocats avant tout, mais aussi les notaires.

Ce système de l'énumération limitative de ceux qui sont astreints au secret professionnel a ici le très grand avantage de la précision et de la clarté.

Ce système est certainement préférable à deux autres: tout d'abord, à celui des codes, tels que le code du Tessin par exemple, qui se bornent à dire: ‚Quiconque est, par profession, dépositaire d'un secret ...'. Cette formule générale multiplie les difficultés d'interprétation. Elle donne d'ailleurs une très grande extension à la notion du secret professionnel pénalement protégé. Songez par exemple aux banquiers, gérants d'affaires, ...

Plus délicate encore est la question que règle l'article 285, chiffre 2, c'est-à-dire la question des limites de la révélation punissable. Jusqu'à quel point la divulgation du secret professionel doit-elle être déclarée punissable? Doit-on faire des exceptions à l'obligation sanctionnée pénalement de garder le secret?

---

[10]) Protokoll der Verhandlungen der Kommission des Nationalrates betr. Schweiz. Strafgesetzbuch, 6. Sess. 1926.

[11]) Amtl. stenogr. Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1929, S. 612 ff.

Ici encore, des conceptions extrêmement diverses s'opposent les unes aux autres et le projet rendra aux intéressés, les médecins en particulier, un signalé service en leur indiquant — dans la mesure où le législateur peut le faire — dans quel sens ils doivent agir en des situations parfois épineuses. La révélation cesse d'être délictueuse, d'après l'article 285, chiffre 2, si elle est faite avec le consentement de l'auteur de la confidence, et aussi si elle était nécessaire ‚pour sauvegarder un intérêt supérieur'.

Cette dernière formule vise en particulier les médecins, qui, tout spécialement, peuvent avoir à sauvegarder ‚un intérêt supérieur' au prix de la révélation d'un secret professionnel et qui, d'ailleurs, ont souvent réclamé eux-mêmes une disposition légale qui leur trace leur devoir à ce sujet.

Je reconnais volontiers que le critère de l'intérêt supérieur est très général. ...

Quand deux devoirs moraux se heurtent, le législateur peut bien, dans un cas comme le nôtre, poser un principe tout à fait général, mais il ne peut guère être plus précis. Il ne lui appartient pas de se substituer à la conscience individuelle et professionnelle."

Bundesrat Häberlin bezeichnete in der Ständeratskommission [12]) „Wahrung eines höhern Interesses" als dehnbaren Begriff, den der Richter jeweilen auslegen müsse.

Ochsner stellte zu Ziff. 1 den Antrag, folgende Umstellung vorzunehmen: „... Apotheker, Hebammen und Gehilfen solcher Personen, die ein Geheimnis ..." Zu Ziff. 2 verlangte er, daß, abgesehen von Medizinstudierenden, auch andere Leute, die auf ähnliche Weise von einem Geheimnis Kenntnis erhalten können, strafbar erklärt würden, z. B. Studenten der gerichtlichen Medizin. Man sollte sagen Studierende anstatt Medizinstudierende. Beide Anträge wurden gutgeheißen.

Bolli warf die Frage auf, ob hier alle Leute berücksichtigt seien, denen in ihrem Beruf Geheimnisse anvertraut werden, z. B. Versicherungsbeamte bei Arztzeugnissen, Bankangestellte usw.

Bundesrat Häberlin erwiderte: „Hier sind nur diejenigen Berufe angeführt, die unter einer gewissen staatlichen Garantie stehen. Trifft man diese Unterscheidung nicht, so fällt unter das Berufsgeheimnis eine Kategorie von Berufsleuten in einem Ausmaß, wie wir es kaum beabsichtigen." Bolli verlangte gleichwohl, daß bei der gegenwärtigen Entwicklung das Berufsgeheimnis in ausgedehntem Maße geschützt werde, weil ein großer Teil der Angestellten von Staates wegen gezwungen sei, sich versichern und fortgehend ärztlich untersuchen zu lassen. Evéquoz fragte:

„Qu'est-ce que l'intérêt supérieur du chiffre 2? Il serait désirable que dans notre commission ou au Conseil l'on donne quelques précisions à ce sujet. La commission de rédaction pourrait trouver le cas échéant une autre formule. Il convient de restreindre le moins possible le secret professionnel, afin de ne pas affaiblir la confiance que l'avocat et le médecin, entre autres,

---

[12]) Protokoll der Verhandlungen der Kommission des Ständerates betr. das Schweiz. Strafgesetzbuch vom 15. Oktober 1930.

inspirent à leur client. Le text actuel ne manquera pas de mettre l'avocat et le médecin dans une grande perplexité."

Der Vorsitzende verwies auf das Nationalratsreferat: „Eine Pflicht, eine Offenbarung vorzunehmen, wenn er glaubt, es liege ein höheres Interesse vor, besteht für den Berufsmann in diesen Fällen nicht; er hat nur das Recht."

Charmillot postulierte den Wortlaut des bernischen Art. 187: „Ärzte, sowie überhaupt alle diejenigen, denen vermöge ihres Standes oder Berufes Geheimnisse anvertraut werden ..." Amstalden dagegen verlangte limitative Aufzählung der geheimnispflichtigen Berufe. Der Antrag Charmillot wurde mit 6 gegen 3 Stimmen angenommen.

Evéquoz forderte Streichung des Passus „oder zur Wahrung eines höheren Interesses notwendig ist", sofern kein präziserer Ausdruck gefunden werden könne.

Hildebrand möchte die Abänderung „zur Wahrung eines höheren öffentlichen Interesses", welche Einschränkung jedoch vom Vorsitzenden als zu eng bezeichnet wurde.

In der Redaktionskommission [13]) wurde die Ziff. 2 des Art. 285 unverändert gelassen, wie sie von der Plenarkommission angenommen worden war.

Im Ständerat [14]) berichtete Baumann über Art. 285:

„Bei der Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 285) haben Bundesrat und Nationalrat den Kreis der zur Wahrnehmung des Berufsgeheimnisses Verpflichteten erschöpfend aufgezählt. Unsere Kommission hat, neben einer redaktionellen Änderung, diesen Kreis erweitert durch Beifügung der Worte „sowie überhaupt alle diejenigen, die" usw. Danach können also neben den hier einzeln aufgeführten Berufsleuten noch andere Personen, denen zufolge ihres Standes oder Berufes ein Geheimnis anvertraut worden oder zur Kenntnis gekommen ist, unter diese Strafnorm fallen. Es ist dabei als Beispiele auf Bankangestellte, Versicherungsbeamte usw. hingewiesen worden. Diese Erweiterung ist von der Kommission nicht ohne Widerspruch und nur mit Mehrheit beschlossen worden. Jedenfalls besitzt die limitative Aufzählung des Bundesrates den Vorteil größerer Klarheit, während der Mehrheitsbeschluß der Kommission zum mindesten die Schwierigkeiten der Auslegung dieses Artikels vermehren dürfte. In Abs. 2 der Ziff. 1 dehnt unsere Kommission die Verpflichtung zur Geheimnisbewahrung von den Medizinstudierenden auf alle Studierende aus mit der Begründung, daß auch andere Studierende als solche der Medizin bei ihren Studien Geheimnisse wahrnehmen können, deren Geheimhaltung im öffentlichen oder privaten Interesse geboten sei. Nach Ziff. 2 bleibt die Offenbarung straflos, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten oder zur Wahrung eines höheren Interesses erfolgt. Das Vorhandensein eines solchen höhern Interesses wird nicht immer ganz leicht zu bestimmen sein. Im Streitfall wird der Richter entscheiden müssen. Der Tatbestand des Art. 285 ist übrigens Antragsdelikt."

---

[13]) Protokoll der Redaktionskommission der Kommission des Ständerates betr. das Schweiz. Strafgesetzbuch, III. Sess., S. 7.

[14]) Amtl. stenogr. Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1931, S. 673.

C. Kritik des Entwurfstextes.

Die Auffassungen über die Umschreibung des Kreises der schweigepflichtigen Personen sind im National- und Ständerat nicht die gleichen; der Nationalrat befolgt die spezielle Methode und schließt dadurch alle übrigen Berufspersonen aus, während der Ständerat die generell-spezielle Methode des bernischen Strafgesetzbuches gewählt hat und damit größere Anpassungsfähigkeit bezweckt. Glücklicher als die Fassung des Ständerates wäre jedenfalls schon die Lösung v. Overbecks [15]): „Wir würden einer vermittelnden Fassung den Vorzug geben, die zwar mit der ersten Expertenkommission alle zur Verschwiegenheit verpflichteten Berufspersonen einbezieht, jedoch, gleich einzelnen Kantonen, die Medizinalpersonen, die Rechtsberater und Notare exemplifikativ hervorhebt."

In den verschiedenen Entwürfen zum Reichsstrafgesetzbuch sind folgende Lösungen zu finden: Im Entwurf von 1909 wird eine allgemein gehaltene Formel verwendet: „Personen, die zur Ausübung der Heilkunde, Geburtshilfe, Krankenpflege, des Apothekergewerbes oder zur Beratung oder Vertretung in Rechtsangelegenheiten oder zur Beurkundung von Rechtsgeschäften öffentlich bestellt oder zugelassen sind."

Der Entwurf von 1911 umschreibt folgendermaßen: „Personen, die zur Ausübung eines Berufes oder Gewerbes öffentlich bestellt oder ermächtigt sind."

Das System der kasuistischen Aufzählung wurde wieder im Entwurf von 1913 verwendet.

Im Entwurf von 1919 ist das in den früheren Entwürfen streng innegehaltene Prinzip verlassen worden, nach welchem nur öffentlich bestellte oder zugelassene Personen der Schweigepflicht unterliegen.

Verlangt wird nur noch die berufsmäßige Tätigkeit, so daß nunmehr auch Kurpfuscher und Winkeladvokaten schweigepflichtig sind. Der Entwurf von 1925 hat eine ähnliche Umschreibung gewählt; dieses Prinzip wird im Entwurf von 1927 wieder verlassen, weil die Tätigkeit von Kurpfuschern als gemeingefährlich bekämpft und nicht durch gesetzliche Bestimmungen gefördert werden soll. Demnach sind nur noch Angehörige bestimmter Berufsgruppen schweigepflichtig; bemerkenswert ist, daß die Geistlichen nicht aufgezählt sind. Auf der deutsch-österreichischen Strafrechtskonferenz [16]) wurde wiederum nur auf berufsmäßige

[15]) Overbeck S. 47 a.
[16]) Stemberg S. 68.

Ausübung abgestellt, Kurpfuscher fallen demnach darunter. So ziemlich sämtliche Möglichkeiten sind in den deutschen Entwürfen zu finden. Eine befriedigende Lösung scheint nur die kategorienmäßige Aufzählung unter exemplifikativer Anführung der Vertreter zu bieten.

Der Antrag Ochsner, die Schweigepflicht auf Studierende anstatt nur auf Medizinstudierende auszudehnen, ist zutreffend. v. Overbeck würde eine Ausdehnung auf die Angehörigen der schweigepflichtigen Personen begrüßen; ebenso schlägt er [17]) vor, die von den geheimnispflichtigen Personen befugt oder unbefugt eingeweihten Personen für den Fall der Weiteroffenbarung strafpflichtig zu erklären:

„Warum soll straflos sein, wer von einer geheimnispflichtigen Berufsperson ein Berufsgeheimnis erfährt und dasselbe nun grundlos an einen Dritten weiterverrät? Ein solcher Strafschutz, dem schon durch die Indiskretionsdelikte der neueren Entwürfe die Wege geebnet sind, würde den Ernst des Berufsgeheimnisses verstärken, die Berufspersonen selbst, die nun damit rechnen müßten, auch andere in die Strafbarkeit zu verstricken, zur Vorsicht mahnen, im Publikum das Vertrauen in die Kraft des Berufsgeheimnisses erhöhen und die Freude an der Kenntnisnahme an fremden Privatgeheimnissen vermindern ... Selbst wenn die Berufsperson nach Auffassung des Gesetzgebers keine strafbare Verletzung der Geheimnispflicht begangen, sondern das Geheimnis erlaubterweise offenbart hat, muß ebenfalls der Empfänger dieser Mitteilung zur Verschwiegenheit strafrechtlich verpflichtet werden. Folgender Zusatz zu Art. 285 wird vorgeschlagen:

„Ebenso wird bestraft, wer eine Tatsache, die er von einer dieser Personen erfahren hat, und die, wie er weiß, unter dem Berufsgeheimnis steht, ohne begründete Veranlassung in einer Weise verbreitet, die geeignet ist, demjenigen, auf den sich das Berufsgeheimnis bezieht, erheblich zu schaden; in besonders leichten Fällen kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern oder von Strafe absehen."

Zu bedenken wäre aber, daß die Nichtkenntnis der Schweigepflicht als Berufspflicht im Publikum in sehr vielen Fällen diesen erweiterten Schutz ohnehin illusorisch machen würde; auch wäre durch diese Ausdehnung die Forderung nach strafrechtlicher Ökonomie [18]) nicht erfüllt.

Die größte gesetzgeberische Schwierigkeit bietet zweifellos die Frage der Aufnahme und Umschreibung oder der Weglassung des Begriffes „Wahrung höherer Interessen". Wir haben einerseits, hauptsächlich in der welschen Schweiz und beeinflußt durch den Code pénal die Anhänger des absoluten Berufsgeheimnisschutzes, die denselben rigoros, ohne irgendwelche Ausnahmen durchgeführt wissen wollen. Maillart [19]) führt gegen das relative Berufsgeheimnis folgende Argumente ins Feld:

---

[17]) v. Overbeck S. 54 a.

[18]) Zürcher, Ztschr. f. Schweiz. Recht S. 276 a.

[19]) Maillart, Schweiz. Ärztezeitung f. Standesfragen 1925 S. 322 u. 1931 S. 634.

„Cela montre simplement que le législateur, insuffisamment informé, n'a pas tenu compte des intérêts moraux, matériels et hygiéniques considérables qui se rattachent au secret médical et que nous, médecins, nous n'avons pas eu, à cette occasion, l'energie voulue pour combattre cette disposition, ... Nous distinguons d'une façon absolue le médecin traitant et le médecin-expert. Le médecin traitant est astreint au secret, le médecin expert ne l'est pas."

„C'est pourquoi le futur Code pénal fédéral devra, s'il parle du secret médical et s'il veut être accepté par les médecins de chez nous, édicter à ce sujet des clauses strictes, et surtout ne pas donner aux clients et à leurs survivants le droit de relever le médecin du secret, parce qu'en usant de ce droit, ceux-ci sont loin de connaître la portée et les conséquences possibles de leur acte."

Auch Lardy [20]) spricht sich in diesem Sinne aus:

„Médecin traitant — secret absolu."

Unter den Anwälten vertritt z. B. Gamboni [21]) den absoluten Schutz:

„L'obligation du secret a un caractère absolu qui ne peut être modifié par la seule volonté, à nos yeux, de l'intéressé. C'est là une notion supérieure aux sentiments changeants, souvent précaires, de celui qu'elle a pour but de protéger. ... Par contre, le texte de la deuxième partie est, à notre point de vue, détestable ...

Nous devons défendre de toutes nos forces ce monopole du silence qui, générateur de confiance, est une vertue essentielle à notre existence. La confidence d'un client doit nous rendre impénétrables, puisqu'elle ne nous est faite qu'à ce titre-là. Nous sommes les détenteurs d'un dêpot sacré, inviolable ..."

Andererseits steht der Autor der neuesten französischen Monographie [22]) auf dem Standpunkt des relativen Geheimnisschutzes. Seine Ansicht wird geteilt von Muret [23]):

„En effet, l'évolution sociale et morale, les progrès de la médecine, les nécessités de l'hygiène moderne ont modifié les idées d'autrefois sur la notion du secret médicale en ce sens qu'il est devenu impossible de lui conserver son caractère absolu et rigide de jadis ...

Mais il convient de noter, afin d'éviter tout malentendu, que personne ne défend plus ici le secret médical absolu, intégral et qu'il s'agit seulement d'un secret limité."

Auch Morax [24]) sprach sich dahin aus:

„... que ce régime garantit le mieux la dignité du médecin, tandis que le secret médical absolu paralyse son initiative et compromet les intérêts de l'hygiène publique."

Es gibt Fälle, in denen zweifellos das Prinzip des absoluten Geheimnisses verlassen werden muß, mögen dieselben auch relativ selten sein. Dem Publikum muß aber weitgehendste Sicherheit für die Wahrung seiner Geheimnisse gegeben werden, und um dieses Ziel erreichen zu können, müssen die Ausnahmen im Gesetz mög-

[20]) Lardy, Schweiz. Ärztezeitung f. Standesfragen 1924 S. 123.
[21]) Gamboni, Schweiz. Juristenzeitung 1922 S. 57 ff.
[22]) Perraud-Charmantier p. 269.
[23]) Muret, Schweiz. Ärztezeitung f. Standesfragen 1924 S. 105 ff.
[24]) Morax, zit. von Muret, ebenda S. 107.

lichst eng und genau umschrieben sein. Ob die Formel „Wahrung höherer Interessen“ diesen doppelten Zweck erfüllt, ist mehr als zweifelhaft. v. Overbeck [25]) äußert sich dazu:

„Gibt es überhaupt zwei Ärzte oder zwei Richter, die über den Begriff des höheren Interesses vollkommen einig sind? Und wann wird die Auffassung des Arztes vom höheren Interesse mit der des Richters übereinstimmen? Liegt nicht die Gefahr nahe, daß der eine oder andere Arzt vielleicht sogar seine wissenschaftlichen Interessen oder seine Honorarinteressen als die höheren betrachten könnte? Zuzugeben ist allerdings, daß, wie immer das Gesetz lauten möge, die Standesehre des Arztes oder des Anwaltes in weitaus den meisten Fällen den richtigen Weg weisen wird. Das darf aber den Gesetzgeber weder hindern, die Gefahr des Mißbrauchs im Auge zu behalten, noch ihn veranlassen, alles dem freien Ermessen der schweigepflichtigen Berufspersonen einerseits, des Richters andererseits zu überlassen. Besonders gefährlich erscheint die Weite der Ausnahmebestimmung, wenn man an die — ja ebenfalls schweigepflichtigen — Gehilfen und Medizinstudierenden denkt, zu denen nach unserem Vorschlage noch die Angehörigen hinzukämen. Soll man wirklich von allen den Gehilfen und in der Ausbildung Begriffenen eine Interessenabwägung verlangen dürfen, die selbst dem in seinem Berufe Gereiften und Erfahrenen oft so gut wie unmöglich sein wird, weil die mächtigen Faktoren subjektiven Wertens und Empfindens immer wieder hereinspielen müssen, selbst bei heißestem Bemühen um Objektivität?“

Diese Einwendungen sind vollständig berechtigt, und es wäre in der Tat begrüßenswert, wenn dieses Ziel auf andere Weise erreicht werden könnte. Kaufmann [26]) bezeichnet den Begriff „höheres Interesse“ als einen Kautschukbegriff. Er kommt zu der gleichen Ansicht wie v. Overbeck und hält die Weglassung von Ziff. 2 und die Aufnahme des Zusatzes „rechtswidrig“ für besser.

Der neueste Entwurf des Reichsstrafgesetzbuches spricht nicht mehr von höherem Interesse. Er hat, wie auch v. Overbeck [27]) es vorschlägt, das „unbefugt“ wieder aufgenommen und umschreibt das befugte Offenbaren: „der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Wahrung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart, das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann, und wenn das gefährdete Interesse überwiegt“.

v. Overbeck ist der Ansicht, daß jede derartige Umschreibung fortfallen sollte, weil die Notstandsbestimmung ausreiche, um Strafausschließung in den in Frage kommenden Fällen herzustellen. Dazu komme noch Art. 31 des Entwurfes: „Die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, ist kein Vergehen.“

„Weit entfernt, die durch den Notstand des Entwurfes gedeckten Ausnahmen von der Schweigepflicht als unzureichend zu betrachten, möchten wir eher eine Einschränkung des Notstands-

---

[25]) Overbeck S. 48 a u. 49 a.
[26]) Kaufmann S. 372.
[27]) Overbeck S. 51 a.

artikels unter anderem gerade auch deshalb für erwägenswert halten, weil der Artikel in der Fassung des Entwurfes geeignet ist, die Diskretionspflicht dem beruflichen und dem richterlichen Ermessen zu sehr anheimzugeben." [28])

Kaufmann [29]) hat das Verhältnis von Art. 285 Ziff. 2 zu der Notstandsbestimmung näher untersucht und kommt zum Schluß, daß diese Bestimmung neben der Notstandsbestimmung als ein Anwendungsfall derselben betrachtet werden müsse.

Nach Zürcher [30]) gelten beide Bestimmungen nebeneinander: „Es ist nicht notwendig, daß immer da, wo eine besondere Vorschrift besteht, die allgemeinen Bestimmungen außer Kraft gesetzt seien, wenn es schon richtig ist, daß diese letzteren einen gewissen Teil des speziell geregelten Gebietes decken."

Es ist aber zu bedenken, daß das vom Notstandsbegriff untrennbare Moment der unmittelbar drohenden Gefahr bei der Berufsgeheimnisverletzung nicht in allen Fällen zutrifft, daß ferner auch der Notstand, sofern man beide Prinzipien, das subjektive und das objektive, gelten lassen will, viele Ausnahmen zuläßt.

Sodann ist in Betracht zu ziehen, daß auch der Notstandsartikel Interpretationsschwierigkeiten bietet und dem Richter einen relativ großen Ermessensspielraum läßt.

Die Formel „Wahrung eines höheren Interesses" möchten wir wegen allzu großer Unbestimmtheit fallen lassen.

Es bleibt die Wahl: entweder eine genauere Umschreibung der erlaubten Offenbarungsfälle, oder Weglassung des ganzen Absatzes und Beschränkung auf die Regelung durch die allgemeinen Schuldausschließungsgründe, Notstand usw.

Da die Absicht des Gesetzgebers [31]) nicht dahin ging, diesen Absatz als lex specialis aufzufassen, vielmehr als einen an dieser Stelle besonders zu umschreibenden Fall des Notstandes, ferner auch wegen der Bedenken gegen die Anwendung des Notstandsbegriffes bei der Berufsgeheimnisverletzung, möchten wir die wohldurchdachte, oben wiedergegebene Umschreibung des Entwurfes zum Reichsstrafgesetzbuch zur Aufnahme vorschlagen. Durch diese Umschreibung ist den in Frage kommenden Personen ihr Verhalten in abstrakter Weise vorgeschrieben und doch zugleich so, daß der Interpretation Grenzen gezogen sind. Durch die Worte: „das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann", ist auf den Ausnahmecharakter dieser straflosen Offenbarung mit genügender Deutlichkeit hingewiesen.

---

[28]) v. Overbeck S. 50 a.
[29]) Kaufmann S. 365.
[30]) Zürcher, s. Zeitschrift f. Schweiz. Recht 1924 S. 275 a.
[31]) Kaufmann S. 365; Schweiz. Juristenzeitung 11 S. 313 ff.

Auch die Frage der Honorareinklagung [32]) ist dadurch befriedigend gelöst, weil nur im äußersten Falle das Geheimnis preisgegeben werden darf.

Zum Abschluß dieser Kritik sei noch bemerkt, daß die fahrlässige Begehung [33]) der Berufsgeheimnisverletzung unbedingt unter Strafe gestellt werden sollte; gerade bei dieser strafbaren Handlung ist die fahrlässige Begehung sehr leicht denkbar (z. B. durch Liegenlassen von Aufzeichnungen). Das auf diese Weise veranlaßte vorsichtigere Verhalten der schweigepflichtigen Personen würde die Sicherheit des Publikums für die Wahrung seiner Geheimnisse wesentlich erhöhen.

---

[32]) Kaufmann, Ztschr. f. Schweiz. Recht 1924 S. 273 a.
[33]) v. Overbeck S. 53 a.